

LOS DERECHOS MORALES EN PUERTO RICO

ARTÍCULO

HIRAM A. MELÉNDEZ JUARBE*

INTRODUCCIÓN.....	751
I. TRES DECISIONES.....	757
II. ESCUDRIÑANDO LAS DICOTOMÍAS	769
III. Un acercamiento pluralista a los derechos autorales: Mercado, PROPIEDAD, EXPRESIÓN Y USO PERSONAL	775
IV. LA PROTECCIÓN DE LAS AUTORAS EN EL DERECHO POSITIVO.....	781
A. <i>Situación general bajo la ley federal</i>	783
B. <i>¿Qué añade la ley de Puerto Rico?</i>	789
V. MARCO CONSTITUCIONAL: LOS CONTORNOS DE ACCIÓN	797
A. <i>Derechos morales como un derecho constitucional</i>	797
B. <i>El problema de campo ocupado</i>	803
C. <i>Algunas precisiones</i>	826
VI. Y AHORA, ¿QUÉ?.....	828

INTRODUCCIÓN

En el año 2016 el conocido intelectual puertorriqueño, Arcadio Díaz Quiñones, publicó un libro titulado *Sobre Principios y Finales (Dos ensayos)*.¹ Además de su texto, el libro en sí mismo, como pieza, es muy elegante, pues contiene ilustraciones y

* Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. B.A. 1997, Universidad de Puerto Rico; J.D. 2000, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; LL.M.2002, Harvard Law School; LL.M. 2008, New York University; J.S.D. 2013, New York University.

Este escrito fue realizado con el apoyo de la Beca Trías Monge del Fondo Dotal de la Universidad de Puerto Rico. Una versión preliminar fue preparada para la serie de conferencias *El derecho de autor puertorriqueño—Trías Monge y los derechos morales en un entorno digital*, celebradas el 5 y el 19 de abril de 2018 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Agradezco los comentarios y dedicación de la Lcda. María Teresa Szendrey Ramos, el Maestro Nelson Sambolín, Claudio Ruiz, Pedro Cabán Vales y Enrico Bonadio. Se agradece también a las y los estudiantes que colaboraron en la investigación. En orden cronológico: Christian Ríos Vallejo, Grecia Díaz Sánchez, Isabel Cristina Solá García y Jafet Martínez Molina. Además, se agradece enormemente el trabajo del cuerpo editorial de la Revista Jurídica por su dedicada labor hacia el mejoramiento del derecho puertorriqueño. Todos los errores que puedan surgir de este escrito son míos. Este trabajo se divulga bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 4.0, disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.

A través de este trabajo procuro utilizar lenguaje inclusivo y evito el género masculino como un referente universal de todas las personas. En cambio, como una afirmación de la diversidad de género y en particular para dar centralidad a las artistas y creadoras mujeres, he optado por utilizar el género femenino. Se mantienen ciertos conceptos académicos en género masculino cuando no haya encontrado un término alterno.

¹ ARCADIO DÍAZ QUIÑONES, *SOBRE PRINCIPIOS Y FINALES (DOS ENSAYOS)* (2016), <https://arcadiodiazquinones.com/portfolio/sobre-principios-y-finales-2016>.

reproducciones de obras visuales de artistas como Antonio Martorell, Nelson Sambolín, Lorenzo Homar, Rafael Tufiño, Consuelo Gotay y Myrna Báez, entre otras. Fue impreso en una edición limitada de 250 ejemplares enumerados a mano. El diseño de la portada, la calidad del papel y las obras de arte allí reproducidas, hacen de este trabajo una pieza hermosa comparable con la obra de 1955 de Tomás Blanco titulada *Los Cinco Sentidos: Cuaderno suelto de un inventario de cosas nuestras*,² que el propio Arcadio Díaz escudriña en su segundo ensayo *La reinención de la tradición*.³ *Los Cinco Sentidos* fue una especie de colección o “catálogo de esencias”,⁴ en las cuales Tomás Blanco aspiraba a “considerar, apreciar, comentar, un corto número entre las cosas nuestras que [juzgó] representativas o interesantes, importantes, notables . . .”.⁵ El inventario de Blanco incluyó la guajana, el canto del coquí, el café, nuestra variedad frutal y nuestras brisas.⁶ Fue un proyecto de “conservación de una memoria cultural”.⁷ El libro, relata Arcadio Díaz, reflejó el “placer del texto y de la *forma* como elemento ordenador”.⁸ Asimismo, expuso que:

El diseño, la acertada elección de la tipografía, las letras iniciales, los márgenes en la página, el equilibrio entre el texto y las ilustraciones, todo nos habla del especialísimo empeño que puso en él su autor. Se trata de una estética que se sostiene en los valores de la composición y la estructura. . . . El lector se encuentra con un objeto que parece anterior a la producción en masa, como si el autor quisiera incorporar la literatura puertorriqueña a una prestigiosa tradición anterior que él ha asimilado.⁹

En su trabajo, Arcadio Díaz lanza una polémica sobre la relación entre la *tradición* y la posibilidad de ruptura con ésta en el contexto puertorriqueño, aludiendo a la idea de que, en el quehacer artístico, “es posible conservar transformando”.¹⁰ La propone no solo en palabras, sino *adoptando* la estrategia de Tomás Blanco, ofreciéndonos también “un objeto que parece anterior a la producción en masa” con su propio *inventario de cosas nuestras*.¹¹ Es decir, “conservar transformando” en acción y en palabra, realizando su propio inventario de producción cultural puertorriqueña, entremezclado con la correspondiente representación visual.

El libro de Arcadio Díaz es, además, interesante desde un punto de vista estrictamente técnico, toda vez que permite reflexión en torno a la protección jurídica a las múltiples obras intelectuales que contiene. A la jurista preocupada por los derechos autorales no

2 TOMÁS BLANCO, *LOS CINCO SENTIDOS: CUADERNO SUELTO DE UN INVENTARIO DE COSAS NUESTRAS* (2da ed. 1955).

3 DÍAZ QUIÑONES, *supra* nota 1, en la pág. 57.

4 *Id.* en la pág. 84.

5 BLANCO, *supra* nota 2, en la pág. 54.

6 *Id.* en la pág. 91.

7 DÍAZ QUIÑONES, *supra* nota 1, en la pág. 64.

8 *Id.* en la pág. 63.

9 *Id.* en la pág. 64.

10 *Id.* en la pág. 50.

11 *Id.* en la pág. 64.

solo le interesa la propiedad intelectual sobre el texto de Arcadio Díaz, sino también aquella protección que el derecho confiere a las autoras de las obras visuales, a las diseñadoras gráficas, y a la autora intelectual de la recopilación de obras independientes en un todo coherente. Resulta que, gracias a la iniciativa del ex juez presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, José Trías Monge, el derecho puertorriqueño aborda la protección de estas múltiples autoras en dos dimensiones que, en cierto modo, intentan mantenerse separadas. Una —la de los llamados *derechos morales*— está diseñada para operar en el ordenamiento jurídico de Puerto Rico y otra —la del *copyright*— opera en el sistema federal. Los intereses sociales e individuales protegidos por cada una de estas dimensiones —se dice convencionalmente— son muy distintos.

Trías Monge defendió durante su paso por el Tribunal Supremo una concepción del derecho moral autóctona e independiente del derecho de *copyright* federal. De esta forma, cimentó la dicotomía que define al campo hoy día. Por un lado, el régimen federal se encarga de los aspectos patrimoniales de la obra. Es decir, concibiendo la creación intelectual (dentro de lo posible) como una propiedad convencional que se trafica a través del mercado similar a otros objetos susceptibles de comercio. De otro lado, el ordenamiento puertorriqueño —defendió Trías Monge— se ocupa de una dimensión moral que, hasta cierto punto, opera fuera del mercado. Aquí la obra se concibe como “una prolongación de [la] personalidad” de la autora, de modo que “[u]n atentado contra la obra lesiona la personalidad y dignidad de su creador[a]”.¹² El sistema federal protege el bolsillo de la autora; el de Puerto Rico, su corazón. Esta dicotomía, al menos retóricamente, se sostiene con fuerza en la jurisprudencia contemporánea y da soporte al campo del derecho autoral en Puerto Rico de formas que son, a mi juicio, susceptibles de crítica.

En su ensayo *El Arca de Noé*,¹³ Arcadio Díaz elabora un inventario o, como él le llama, “Arca-Archivo”,¹⁴ de producción cultural y artística puertorriqueña en el siglo veinte. Este inventario, propone, “[n]o [es] para detener el tiempo, sino lo contrario: el Arca implica un movimiento hacia el porvenir con acciones dirigidas hacia aquello que todavía no es”.¹⁵ Asimismo, subraya que “los dones conservados pasan de unas manos a otras y son apropiados mediante nuevas intervenciones”.¹⁶ Por ello, reitera que el Arca-Archivo no debe concebirse “como un museo con piezas bellamente restauradas, sino como reserva que nos ayuda a pensar y a pensarnos. Un Archivo como obra en proceso, vulnerable, pero abierta a recreaciones y recomposiciones que permitan construir relaciones distintas con el presente.”¹⁷ Nos sugiere que la tarea de construir un Arca de producción cultural, permite nuestra ubicación temporal para pensarnos en el contexto presente y, de esa forma, reconstituirmos frente a la realidad que queremos construir. La idea de “conservar transformando” encierra una aparente tensión que nos invita a enfatizar dos polos que lucen, superficialmente,

12 Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda, 106 DPR 49, 55 (1977).

13 DÍAZ QUIÑONES, *supra* nota 1, en la pág. 15.

14 *Id.* en la pág. 17.

15 *Id.*

16 *Id.*

17 *Id.*

caminando hacia extremos opuestos como si se tratara de gestiones mutuamente excluyentes.¹⁸

A veces el derecho apunta a una visión en extremo binaria que contrapone las ideas de *conservar* y *transformar* como opuestas. En el derecho puertorriqueño, por ejemplo, las autoras tienen remedios para proteger lo que se conoce como la *integridad* de la obra. Es una forma de “[i]mpedir la mutilación, deformación, o alteración de la misma, de modo que resulte en menoscabo de [los] legítimos intereses o . . . reputación” de una autora.¹⁹ Con el derecho de integridad se intenta *conservar* intacta una expresión cultural, lo cual brinda cierta estabilidad a la misma, en posible detrimento de intereses transformadores de quienes deseen manipularla (o sus reproducciones) y proponer nuevas formas (sería, tal vez, un ejemplo de *conservar sin transformar*). Esta tirantez, sin embargo, no es necesaria. Como veremos, un régimen de derechos autorales puede establecer una infraestructura jurídica que permita conservar y transformar *simultáneamente*. Después de todo, nuestro repositorio cultural es indispensable para la creación subsiguiente. Resulta, que en muchos casos los derechos autorales muestran tendencias anti-transformadoras que debemos analizar críticamente.

Además de su potencial como plataforma para la generación cultural subsiguiente, el *Archivo*, la *tradición*, el *Arca* y el *inventario*, son todas imágenes que Arcadio Díaz nos presenta como potenciales herramientas de resistencia a través de la historia del arte puertorriqueño. Así, por ejemplo, en su *inventario de cosas nuestras* de 1955, Tomás Blanco se coloca “en oposición a la degradación ocasionada por el *progreso*”,²⁰ la cual implicaba el “imaginario desarrollista” de las décadas cuarenta y cincuenta.²¹ Hoy, nos dice Arcadio Díaz, que *conservar* se propone como práctica que permite encarar lo siguiente:

[D]ías de desilusión, en gran parte debido a que la riqueza humana y cultural queda dogmáticamente reducida a la figura única del *homo economicus*. La supuesta racionalidad de la llamada ‘lógica del mercado’ disminuye la sociabilidad política y nos deja reducidos como simples sujetos de vida económica en manos de políticos y mercaderes. . . . Es una máquina aplastadora que pone en riesgo las expectativas de democracia igualitaria y se ensaña contra todo lo público.²²

En tiempos de la Junta, y particularmente desde la Universidad de Puerto Rico, no es difícil entender el impulso. Así pues, la cultura visualizada como *tradición* puede servir de plataforma para la autorreflexión sobre nuestro estado de cosas, a la vez que sirve de soporte para la generación cultural subsiguiente incierta e inesperada. Al mismo tiempo, la cultura vista como *tradición* puede ser una forma de separar y distinguir, por un lado, el mundo despersonalizado de la interacción en el mercado que imagina a sujetos maxi-

18 *Id.* en la pág. 50.

19 Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRA § 1401j (2019 & Supl. 2020).

20 DÍAZ QUIÑONES, *supra* nota 1, en la pág. 67.

21 *Id.* en la pág. 112.

22 *Id.* en la pág. 26.

mizando utilidades y el interés propio y, por otro lado, un mundo de vida de interrelaciones personales donde los sujetos son imaginados como inclinados hacia la solidaridad y al respeto mutuo. Es decir, lo personal (fuera del comercio) y lo mercantil, se ven como contrapuestos.²³ Por ello, Arcadio Díaz describe el libro de Tomás Blanco “como un objeto cultural, *no mercantil*, un *objet d’art* . . . bellamente impreso”.²⁴

La idea del objeto cultural o el objeto de arte en contraposición al mercantil, se entrecruza con la insistencia de Trías Monge en desarrollar derechos autorales que vean la obra artística como parte de la personalidad de su creadora. Como tal, estos derechos morales se estructuran jurídica y retóricamente operando en una esfera separada del mercado. Así, se nos dice por la jurisprudencia, que estos derechos morales son *inalienables*, que es igual a decir que no son susceptibles de venta por la artista o que operan en una esfera ajena al mercado.²⁵ Son independientes de la transacción comercial sobre la obra, por lo que permanecen atados a la artista aun si se vende el lienzo o si se enajenan los derechos patrimoniales. Ello como respuesta a la concepción mercantil del *copyright* federal que está enfocada en los sujetos económicos que generan productos para la venta en el mercado de arte o de entretenimiento.

Ante todo lo anterior, cabe preguntar: ¿Cuáles son las consecuencias de enfatizar en nuestra jurisprudencia estas dicotomías que se reproducen en el campo de los derechos autorales (la moral *versus* patrimonial; lo personal *versus* lo mercantil)? Más específicamente: ¿Qué efecto tienen estas dicotomías sobre la aspiración por “conservar transformando”?

Hay que interrogar estos asuntos porque el énfasis que se ha dado en el derecho puertorriqueño a esta distinción, entre lo patrimonial del mercado y lo extra-patrimonial que habita en la artista, ha sido muy desafortunado para la construcción de un régimen jurídico que sea sensible a dinámicas creativas flexibles. Como consecuencia, hemos perdido la oportunidad de enarbolar en nuestro derecho y en nuestro discurso alrededor del derecho una visión más preocupada por *conservar transformando* y más compatible con principios básicos de libertad de expresión. Después de todo, las tecnologías de información contemporáneas nos invitan a incorporar intereses que coloquen en el centro del sistema, no solo a la autora y al mercado, sino también a la usuaria de obras y a la comunidad en general. En momentos en que la creación intelectual y artística están inmediatamente disponibles al entorno discursivo y cultural y tomando en cuenta que las formas de creación cada vez más dependen de la capacidad de tomar prestadas expresiones de otras, resulta necesario que un sistema de derechos autorales sea respetuoso de procesos culturales contemporáneos y dé aliento a prácticas de sujetos inmersos en la cultura y en procesos de creación muy distintos a los imaginados por un sistema clásico de derechos morales. A ello se suman presiones que impone un sistema de libertad de expresión que valora a una cultura democrática capaz de experimentar con aquellos símbolos culturales que nos sirven de contexto. Tomar, destruir, imaginar, soñar, reconstruir y reformular las premisas culturales

23 Véase Hiram Meléndez Juarbe, *John*, 80 GRADOS (29 de marzo de 2019), <https://www.8ogrados.net/john/>.

24 DÍAZ QUIÑONES, *supra* nota 1, en la pág. 63 (énfasis suplido).

25 Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda, 106 DPR 49, 55 (1977).

en las que estamos situadas, son actividades expresivas que son fundamentales para una democracia. Un régimen jurídico preocupado por *conservar sin transformar* limita la reutilización y apropiación creativa y se arriesga al anacronismo.

El objetivo principal de este trabajo es abordar las implicaciones de la tendencia conservadora que conlleva enfatizar las dicotomías que arrojan al derecho puertorriqueño (moral vs. patrimonial; personal vs. mercantil) a la luz del interés por *transformar*. Al mismo tiempo, y en términos más concretos, se aboga por una reforma jurídica que, a la vez que reconozca los derechos autorales, también enfatice la importancia de los derechos de la comunidad en reutilizar obras para cultivar una democracia discursiva y creativa vigorosa. En este sentido, el presente trabajo promueve derogar el régimen de derechos morales en Puerto Rico: la realidad es que las autoras tenemos, en general, una amplia gama de protecciones bajo el régimen federal con la disponibilidad de potentes remedios. Con todos sus defectos, y son muchos, ese sistema jurídico hace un esfuerzo por balancear los diversos intereses sociales que están en juego, mientras que la capa de protección local adicional que provee un régimen de derechos morales limita excesivamente al entorno expresivo sin beneficios apreciables a las autoras que justifiquen esa restricción.²⁶ Al mismo tiempo, resulta claro que el régimen de derechos morales está en conflicto con el sistema de *copyright* federal, lo cual presenta un problema de campo ocupado que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha abordado, en mi apreciación, equivocadamente.

Con esto en mente, en la primera parte, *Tres decisiones*, se explorará la trayectoria jurisprudencial que nos llevó a la situación actual. Las tres decisiones judiciales que forjaron el armazón conceptual de los derechos morales en Puerto Rico deben ser evaluadas críticamente para revelar las fisuras y limitaciones de este régimen de derecho. En la segunda parte, *Escudriñando las dicotomías*, se evaluará el carácter de las dicotomías imperantes y sus implicaciones. Ello, argumentando que son conceptualmente frágiles y, sobre todo, artificiosas. Esta reflexión da base para que, en la tercera parte, *Un acercamiento pluralista a los derechos autorales*, se ofrezca un marco conceptual alternativo. En lugar de enfocarnos maniqueamente en la dualidad de intereses en el modelo actual, una visión más balanceada y respetuosa de los derechos de la comunidad coloca al centro del sistema complejas interacciones entre varias visiones de mundo (descritas como los paradigmas de propiedad, mercado, expresión y uso personal). Una agenda que aspire a reformular el régimen de derechos autorales, debe tener una idea más completa de los intereses que deben animarle.

Con estas bases, la cuarta parte, *La protección de las autoras en el derecho positivo*, elabora los aspectos fundamentales del derecho positivo que cobija a las autoras en Puerto Rico. Como se verá tras su examen, el régimen de derechos morales puertorriqueño no es en realidad necesario para proteger efectivamente a la comunidad creativa del país. Esta noción nos lleva, en la parte quinta, *Marco constitucional*, a plantear la posibilidad (como ha sugerido nuestro Tribunal Supremo) de que un régimen de derechos morales es

²⁶ Véase Hiram A. Meléndez Juarbe, *Mercados, Propiedad, Expresión y Uso Personal: El Sistema de Derechos de Autor*, 1(1) DER. CRÍ. SOC. 109 (2015); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Creative Copyright for Creative Business*, 1 UPR BUS. L. J. 137 (2010); Hiram A. Meléndez Juarbe, *DRM Interoperability*, 15 B.U. J. SCI. TECH. L. 181 (2009); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Creative Commons en Puerto Rico y la Agenda de Contenido Libre*, 69 REV. COL. ABOG. PR 151 (2008) (en los cuales expongo algunas de mis críticas al régimen federal).

esencial porque se trata de un derecho constitucional bajo nuestra Carta de Derechos. Sin embargo, esta posibilidad tiene que matizarse (como todo derecho de personalidad) con las fuertes limitaciones que el sistema de libertad de expresión impondría a este potencial derecho. De otro lado, y contrario a esta sugerencia constitucional, la realidad es que el régimen prevaleciente en Puerto Rico debe tomarse como desplazado por el derecho federal, bajo principios de campo ocupado, conforme a la Cláusula de Supremacía de la Constitución de Estados Unidos.

Al final, la aspiración de este escrito es transformar nuestros entendidos tradicionales sobre la protección de los derechos de las autoras en Puerto Rico. En el centro del sistema debemos estar las autoras, pero también debemos estar las usuarias de obras, las consumidoras de estas, así como las personas que exploramos al entorno discursivo como parte de nuestra experiencia democrática. El uso de la primera persona en la oración anterior es deliberado: cotidianamente asumimos múltiples identidades ante el quehacer creativo (como autoras, como usuarias de obras, como participantes expresivas de lo público, como consumidoras de productos culturales, como exploradoras en privado y en público de nuestro entorno cultural) y ello debe motivarnos a pensar en un sistema jurídico orientado hacia una dinámica cultural participativa que nos permita *transformar conservando*.

I. TRES DECISIONES

En la conclusión a su libro *La protección legal del autor puertorriqueño*, Pedro G. Salazar expone que “[l]os derechos autorales en Puerto Rico han surgido tarde en nuestro ordenamiento y, cuando finalmente, hicieron su aparición, ello se debió a la iniciativa judicial, muy en particular al interés y oportuna gestión del ex [p]residente de nuestro Tribunal Supremo, el Hon. José Trías Monge”.²⁷ No es para menos. En un tríptico jurídico, Trías Monge configuró en el país la protección moral en términos que han marcado el campo hasta el día de hoy. De las siete Opiniones que el Tribunal Supremo ha emitido sobre el tema, tres fueron escritas por él entre 1974 y 1984.²⁸ A ello se le suman dos leyes de derechos morales aprobadas en Puerto Rico, una en 1988 y la más reciente en el 2012.²⁹

En esta parte concentraremos la atención en las tres Opiniones de Trías Monge, así como en algunas de las consecuencias que irradian de ellas con el objetivo de comprender el andamiaje conceptual de la protección.

El caso que comienza esta conversación, (o, tal vez, el pecado original), es *Reynal v. Tribunal Superior* de 1974, en el cual el Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve dos asuntos fundamentales.³⁰ En primer lugar, que el sistema jurídico puertorriqueño reconoce una

27 PEDRO G. SALAZAR, *LA PROTECCIÓN LEGAL DEL AUTOR PUERTORRIQUEÑO* 413 (2013).

28 *Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo Marrero*, 196 DPR 884 (2016); *Negrón Neves v. Vera Monroig*, 182 DPR 218 (2011); *Harguindey Ferrer v. UI*, 148 DPR 13 (1999); *Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604 (1996); *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984); *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49 (1977); *Reynal v. Tribunal Superior*, 102 DPR 260 (1974).

29 Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPR § 1401j (2019 & Supl. 2020).

30 *Reynal*, 102 DPR en la pág. 260.

protección moral a las autoras (distinta a una protección patrimonial) y en segundo lugar, que esta protección moral no está desplazada por la ley federal de *copyright*.³¹ Sobre este último se tratará sistemáticamente luego, aunque desde ahora señalo que el acercamiento del Tribunal Supremo de Puerto Rico desde el 1974 sobre este asunto es, a mi juicio, cuestionable.

Lo cierto es que *Reynal v. Tribunal Superior* reconoce por primera vez la existencia de este derecho moral autoral. ¿Cómo llega Trías Monge a esta conclusión? Por un camino terriblemente pedregoso. En ese entonces no había legislación puertorriqueña sobre el tema y, aun así, el jurista desarrolló el concepto utilizando como autoridad una ley española de 1879, (de dudosa validez en el momento), y las disposiciones generales del Código Civil sobre la propiedad privada, la responsabilidad extracontractual y el artículo doce del Código Civil de 1930, el cual establecía que las deficiencias en la legislación especial se suplen por ese Código.³² Tres años más tarde, en *Ossorio v. Secretario de la Vivienda*, a estas fuentes de autoridad Trías Monge añadió el artículo siete del Código Civil de 1930.³³ El mismo disponía que, cuando no hay ley aplicable a un asunto, los tribunales deberán resolver “conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del derecho, y los usos y costumbres aceptados y establecidos”.³⁴

El apoyo en la ley española de 1879 es cuestionable por lo siguiente. Trías Monge argumentó que la *Ley sobre Propiedad Intelectual* española de 1879 continuó activa luego del cambio de soberanía por virtud del artículo ocho de la *Ley Foraker* que mantuvo la vigencia de leyes españolas “hasta que sean alteradas, enmendadas o revocadas por la autoridad legislativa . . . [de] Puerto Rico, o por una ley del Congreso de los Estados Unidos” y,³⁵ subsidiariamente, por virtud del artículo cincuenta y ocho de la *Ley Jones* de 1917 y de la *Ley de Relaciones Federales* de 1950, (que mantienen la vigencia de leyes anteriores), en un tracto ininterrumpido.³⁶ No obstante, la vigencia de esta ley de 1879 solo se sostendría si no se hubiese aprobado legislación federal o puertorriqueña sobre el asunto. En 1909 se aprobó una nueva ley federal de *copyright*, (aplicable a Puerto Rico),³⁷ y es razonable pensar que la misma tuvo el efecto de desplazar a la ley española.³⁸ De otro lado, como plantearon los jueces asociados Martín y Negrón García en el caso *Ossorio v. Secretario de la Vivienda*, al revisarse en el 1902 el Código Civil de Puerto Rico se eliminaron dos artículos del Código Civil español hasta entonces vigentes que trataban sobre la propiedad intelectual, (los ar-

31 *Id.* en las págs. 265-66.

32 *Id.* en las págs. 262-63.

33 *Ossorio Ruiz*, 106 DPR en la pág. 52.

34 Cód. Civ. PR art. 7, 31 LPRA § 7 (1930) (derogado 2020).

35 *Reynal*, 102 DPR en las págs. 262-63.

36 *Id.*

37 Copyright Act of 1909, Pub.L. No. 60-349, 35 Stat. 1084 (1909).

38 Véase WILLIAM PATRY, 7 PATRY ON COPYRIGHT § 27:4 (March 2021 Update) (“*Reynal’s* approach is without any foundation. Congress protected books since the original 1790 Act. The federal law has thus completely occupied the very type of claim at issue in *Reynal*. The *Reynal* court thus erred”). Pero *Cf.*, Patrick R. Goold, *The Lost Tort of Moral Rights Invasion*, 51 AKRON L. REV. 1093 (2017).

tículos 428 y 429), con el plausible efecto e intención de rechazar el régimen español sobre la materia.³⁹

Amparándose en las disposiciones generales de nuestro Código Civil, Trías Monge creó el derecho moral en Puerto Rico. En el 1977, el juez asociado Martín cuestionó en *Ossorio v. Secretario de la Vivienda* la legitimidad de este proceder añadiendo lo siguiente: “Si yo fuera legislador favorecería instrumentar legislación para proteger ese derecho. En mi carácter de Juez entiendo que no es mi función legislar”.⁴⁰ Veintitrés años más tarde, en su libro *Teoría de Adjudicación*, Trías Monge responde con refrescante candidez que “[l]a creación del derecho no es función exclusiva del legislador”,⁴¹ sino que:

Se trata de un proceso complejo en que el legislador desempeña, junto al ejecutivo, la función de estructurar la norma general, correspondiéndole al juez la responsabilidad, creadora también, de ajustarla al caso específico ante él. El juez no [solo] crea derecho, sino que es su deber crearlo, como parte legítima que es del proceso legislativo.⁴²

Si bien *Reynal v. Tribunal Superior* comenzó a rodar la pelota, fue varios años después en *Ossorio v. Secretario de la Vivienda* (1977) que inició la conversación sustantiva sobre el carácter de los derechos morales en Puerto Rico, *vis a vis* los derechos en la legislación federal. Esto es porque el Tribunal no consideró en *Reynal v. Tribunal Superior* los planteamientos sustantivos de las partes. De haberlo realizado, se hubiese enfrentado al hecho de que la alegación de la demandante en *Reynal v. Tribunal Superior* era problemática. En dicho caso la demandante era Carmen Ramos, quien había escrito y publicado su conocida obra *El Gobierno de Puerto Rico*.⁴³ Los demandados, Vicente Reynal y Roberto Lugo, publicaron otro libro titulado *Manual del Gobierno Civil de Puerto Rico*.⁴⁴ La demandante argumentó que el trabajo de los demandados “utiliz[ó] sus ideas originales, el plan de presentación del material, las tablas confeccionadas por ella y sus frases y conceptos, resultando en ‘un mero resumen del libro El Gobierno de Puerto Rico’”.⁴⁵

Nótese que la demandante no argumentó que el demandado se copió literalmente de sus palabras textuales, sino que adoptó *ideas originales*, la *presentación* del material, incluyendo *tablas, frases y conceptos*. Ciertamente, la obra del demandado adoptó la estructura y organización del libro de Carmen Ramos, incluyendo los títulos de las secciones y capítulos. Además, parece que tomó información directa de ciertas tablas con datos poblacionales, la composición demográfica de la Asamblea Legislativa, entre otras cosas.

Lo cierto es que la obra de Carmen Ramos es un tratado de cerca de 800 páginas y el *Manual del Gobierno Civil de Puerto Rico* de Vicente Reynal tiene 153 y no parece haber (ni

³⁹ *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49, 58-64 (1977) (Martín, opinión disidente) (Negrón García, opinión concurrente y disidente).

⁴⁰ *Id.* en la pág. 62 (Martín, opinión disidente).

⁴¹ JOSÉ TRÍAS MONGE, *TEORÍA DE ADJUDICACIÓN* 400 (2000).

⁴² *Id.*

⁴³ *Reynal v. Tribunal Superior*, 102 DPR 260, 261 (1974).

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

se alegó) una apropiación literal del texto. Aunque esto parezca una distinción sin diferencia, en el sistema de propiedad intelectual es vital la distinción entre apropiarse las ideas, la estructura y organización de una obra, por un lado, y apropiarse la expresión específica de esas ideas, por el otro. En el régimen de *copyright* las ideas no se protegen (lo cual incluye la idea de un libro sobre el gobierno de Puerto Rico con su estructura de organización).⁴⁶ Asimismo, es un elemento básico del derecho que los hechos y datos no pueden protegerse, aunque sí la compilación original de ellos.⁴⁷ Por ello, apropiarse de tablas con datos e información sobre el gobierno, en términos generales, no necesariamente implica una violación a los derechos autorales.⁴⁸ Por la misma razón, nadie puede reclamar un monopolio sobre la información básica de nuestra historia colectiva.⁴⁹ Se trata de información que está en el dominio público; disponible para que todas puedan explorar, considerar y narrar nuestra situación de país. Con esto no propongo de manera definitiva lo que pudo ser una solución final a la controversia en *Reynal v. Tribunal Superior*. Sin embargo, es importante apuntar las dificultades básicas en los méritos del caso fundamental que sentó las bases para la protección a los derechos morales en Puerto Rico. Como cuestión de hecho, este fue un asunto debidamente planteado por los demandados. En su petición de revisión al Tribunal Supremo, el demandado expresó que “de ser correcta la aseveración de la parte demandante en el sentido de que los demandados utilizaron ‘las ideas’ de la demandante, Carmen Ramos, esas ideas, como tales, no están protegidas por los derechos de autor (*copyright*)”.⁵⁰ La representación de la demandante, en un “*Breve Memorial de Parte Recurrida*”, evitó enfrentarse a estas complicaciones al indicar que:

La parte [demandada] argumenta que no existiendo un ‘copyright’ el contenido de un libro pasa al dominio público. Nos parece obvio que pasar al dominio público no significa que esos derechos de propiedad intelectual se los pueda apropiar otra persona para su dominio privado. Lo que la doctrina establece es que puede ser citado sin autorización, pero no ampara al que plagia totalmente una obra con fines de lucro, obteniendo beneficios del esfuerzo intelectual de otra persona. Si ello fuera así, el fomento de las artes, la investigación y la literatura, que es el propósito de la ley de propiedad intelectual, quedaría frustrado.⁵¹

⁴⁶ Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

⁴⁷ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

⁴⁸ El Código de Regulaciones Federales establece que:

The following are examples of works not subject to copyright and applications for registration of such works cannot be entertained. . . . (d) Works consisting entirely of information that is common property containing no original authorship, such as, for example: Standard calendars, height and weight charts, tape measures and rulers, schedules of sporting events, and lists or tables taken from public documents or other common sources.

Patents, Trademarks, and Copyright, 37 C.F.R. § 202.1 (2019).

⁴⁹ Miller v. Universal City Studios, 650 F.2d 1365 (5th Cir. 1981).

⁵⁰ Solicitud de Certiorari en la pág. 2, *Reynal*, 102 DPR 260 (1974) (Núm. 0-73-26) (29 de enero de 1973).

⁵¹ Memorial en oposición a Certiorari en la pág. 1, *Reynal*, 102 DPR 260 (1974) (Núm. 0-73-26) (10 de abril de 1973).

A diferencia de la situación en *Reynal*, en *Ossorio* —el segundo en la trilogía— hubo amplia oportunidad de considerar los méritos. Allí la controversia versó sobre unos murales pintados por el artista Víctor Ossorio en ciertos residenciales públicos. La Corporación de Renovación Urbana y Vivienda (en adelante, “CRUV”) interesaba dar mantenimiento a los murales y refrescar su pintura, a lo cual el artista objetó descansando en su derecho a defender la integridad de su obra.⁵² Los derechos autorales, expresó Trías, son “agrupables en dos categorías: los derechos pecuniarios o patrimoniales que atañen la enajenación de la obra y los derechos personales o extra patrimoniales que defienden su integridad y el nombre y honra de su autor”.⁵³ Por razón de su dimensión no patrimonial, y debido a la conexión personal que existe entre la artista y la obra según este entendido, “[u]n atentado contra la obra lesiona la personalidad y dignidad de su creador”.⁵⁴ De ahí que incluso sugirió que los derechos morales no dependen de legislación alguna sino que se trata de un derecho constitucional basado en la protección a la dignidad humana reconocida en nuestra Carta de Derechos.⁵⁵

Reconociendo los intereses sociales en conflicto (tanto los de la CRUV como administradora de propiedad del Estado como los del artista) el Tribunal sembró una semilla poco explorada en opiniones subsiguientes a los efectos de que el derecho moral “está sujeto a la doctrina del abuso de derecho”.⁵⁶ Por ello, “no puede concebirse el derecho moral como un derecho absoluto [y] [d]ebe reconciliarse con otros intereses individuales y de la comunidad”.⁵⁷ Claro está, en 1996 el Tribunal abandonó estos intentos conciliadores y expresó, en *Cotto Morales v. Ríos*, “que el derecho moral es un derecho absoluto, es decir, uno de esos derechos que revisten carácter universal y que implican, por lo tanto, un deber de todos los demás sujetos jurídicos con respecto a su titular”.⁵⁸ Como resultado de este balance de intereses un tanto sensible, en *Ossorio*, Trías Monge concluyó que “[e]l artista no puede hacer demandas irrazonables” y que la CRUV debe darle la oportunidad de ejecutar la obra bajo términos económicos razonables que, en última instancia, podrían ser establecidos por el Tribunal.⁵⁹

Completa esta trilogía el caso de *Pancorbo v. Wometco*.⁶⁰ En esta opinión de 1984 Henry Lafont y El Casanova (Julio Enrique Pancorbo y Alfonso Gende Casanova) demandaron a Wometco de Puerto Rico, a Metro Goldwyn Mayer y otros porque se incluyó una porción de setenta segundos de un programa de televisión de los demandantes en la película *Fame* (el programa de los demandantes aparecía en un televisor prendido en el trasfondo de una escena, aunque en algunos segundos era la imagen principal). Los demandantes habían transferido sus derechos sobre el programa a otras personas y, aparentemente, estas a su

52 *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49 (1977).

53 *Id.* en la pág. 52.

54 *Id.* en la pág. 55.

55 *Id.* Véase también *Negrón Miró v. Vera Monroig*, 182 DPR 218 (2011).

56 *Ossorio Ruiz*, 106 DPR en la pág. 56.

57 *Id.*

58 *Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604, 623 (1996).

59 *Ossorio Ruiz*, 106 DPR en la pág. 57.

60 *Pancorbo v. Wometco de P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984).

vez los transfirieron a los demandados quienes le incorporaron en la película. No está claro del expediente, ni el Tribunal interesó conocer, si la producción de *Fame* tenía derechos sobre el video en cuestión.

Un examen del expediente del caso y las deposiciones a los demandantes revela que la preocupación principal de estos era fundamentalmente económica y estaba relacionada con el resarcimiento de daños monetarios.⁶¹ Tanto así que el remedio solicitado incluía una fórmula de regalías basada en un estimado de lo que le correspondería pagarles en el mercado de haberse negociado el uso o, al menos, a base de lo que la parte demandante “le hubiera cobrado”.⁶² Independientemente de estos elementos patrimoniales, el Tribunal Supremo por voz del juez presidente Trías Monge validó el reclamo de derechos morales expresando que “[e]l derecho moral de autor es inalienable e imprescriptible”,⁶³ y que salvaguarda la integridad de la obra lo cual “incluye el derecho a impedir que la obra sea alterada, deformada, truncada o expuesta en un contexto objetable”.⁶⁴ Es decir, que el derecho de integridad no incluye solamente la facultad de impedir mutilaciones a la obra, sino también utilizar una obra no mutilada en un escenario inaceptable para la artista. Ello, no obstante, no incluye la posibilidad de solicitar remedios puramente económicos —como las regalías que fueron solicitadas por los demandantes— porque cruzaría la frontera hacia el mundo mercantil de la ley federal.⁶⁵

Reynal, Ossorio y Pancorbo, como se ha dicho, sentaron las bases para este régimen de derechos. Las expresiones del Tribunal sobre estos derechos a través de los años son variadas, pero de todas podemos colegir tres entendidos fundamentales.

En primer lugar, como se ha dicho, los derechos morales se conciben independientes de la protección federal patrimonial. Esta separación opera en dos sentidos: uno conceptual y otro práctico.

De un lado, se trata de regímenes independientes en un sentido conceptual, y consagra las dicotomías inicialmente mencionadas (moral/patrimonial; personal/mercantil). Decir que el régimen federal se ocupa de aspectos patrimoniales quiere decir que ese sistema está pensado y organizado alrededor de la idea de que el intangible (la propiedad intelectual) es estrictamente un bien que se trafica en el mercado como cualquier otro: una vez la autora enajena sus derechos, su conexión con la obra se corta. Esto es así en términos generales. Los derechos de *copyright* bajo la ley federal son esencialmente transferibles sin restricciones.⁶⁶ Mientras que hablar de una protección moral que conecta a la obra con la personalidad de la artista, su dignidad y reputación, es vincular a la autora con su obra incluso

⁶¹ Deposition de Alfonso Gende Casanova en las pág. 35, *Pancorbo v. Wometco de P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984) (Núm. R-84-21) (5 de mayo de 1983).

⁶² *Id.*

⁶³ *Pancorbo*, 115 DPR en la pág. 501.

⁶⁴ *Id.* en la pág. 502.

⁶⁵ *Id.* (“Ahora bien, el derecho moral no provee base legal suficiente para invocar derechos económicos como tales. Los demandantes no tienen fundamento alguno para reclamar en los tribunales de Puerto Rico regalías derivables del alegado enriquecimiento injusto de los demandados u otra compensación fundada en la violación de un derecho patrimonial reconocido federalmente. En lo que respecta a los derechos patrimoniales equivalentes a los derechos protegidos por la ley federal el campo está claramente ocupado”).

⁶⁶ Véase 17 U.S.C. § 203 (disponiendo una excepción, el derecho de revertir transferencias).

después de haber enajenado sus derechos. Por ello, una protección moral es un derecho “personalísimo y privativo”.⁶⁷ La obra es una extensión de la personalidad de la autora y una ofensa a la obra es una afrenta a la autora misma. La personalidad humana no es mercantizable, no es un bien de consumo, por lo que, aunque se enajene una obra y sus derechos *patrimoniales* de *copyright* hay ciertos derechos autorales que nunca se renunciarán. La lógica del mercado aquí es inapropiada. De ahí que el Tribunal haya descrito este derecho como “no evaluable en dinero, inalienable e intransmisible, e imprescriptible”.⁶⁸ Se trata de valores, dijo el Tribunal en el 2016, “espirituales”.⁶⁹ No obstante, la separación entre lo patrimonial y lo moral acarrea una consecuencia menos conceptual, y muy práctica en nuestra jurisdicción. Toda vez que la ley federal se preocupa por la dimensión patrimonial, se ve al Tribunal haciendo malabares para relacionar los casos atendidos a la luz del interés de personalidad. No hacerlo le privaría de jurisdicción sobre el tema pues los tribunales de Puerto Rico carecen de autoridad para considerar asuntos bajo la Ley de *Copyright* de los Estados Unidos.⁷⁰ Nótese que este no es un problema en otras partes del mundo. En muchas jurisdicciones el derecho de propiedad intelectual combina elementos morales y patrimoniales de diferentes formas, como aspectos de un mismo entramado de derechos.⁷¹

En segundo lugar, al conectar el derecho moral con los derechos de personalidad, el Tribunal apunta (sin mucha reflexión) hacia una colección de regímenes jurídicos que también están relacionados con la personalidad. Así, ha dicho que los derechos morales deben verse “junto a otros derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad e integridad física, derecho al honor, a la imagen y otros”.⁷² A ello se le suma que, en *Ossorio*, se hizo referencia, casi de pasada, al derecho constitucional a la dignidad humana de nuestra Carta de Derechos.⁷³ Esta conexión del derecho moral con la familia de derechos de personalidad no es para tomarse a la ligera, pues nuestro Tribunal Supremo le ha prestado bastante atención a estos derechos —como el derecho a la intimidad, la imagen propia y la reputación— que están anclados en la dignidad humana y tienen una protección constitucional muy especial en nuestro ordenamiento.⁷⁴ El asunto se explorará más adelante en este escrito.⁷⁵

En tercer lugar, en cuanto al contenido del derecho moral, el Tribunal se ha enfocado en los derechos de atribución e integridad. Es decir, aunque la doctrina —y las leyes aprobadas en Puerto Rico— reconocen una variedad de derechos, (como el derecho de divulgación, la retractación, atribución, integridad y el *droit de suite*),⁷⁶ la atención del Tribunal ha estado principalmente en reclamos de que se reconozca *autoría* a una autora

67 Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo, 196 DPR 884, 904 (2016).

68 *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49, 55 (1977).

69 Sucn. Rosado Muñoz, 196 DPR en la pág. 896.

70 17 U.S.C. § 301.

71 MIRA T. SUNDARA RAJAN, MORAL RIGHTS: PRINCIPLES, PRACTICE AND NEW TECHNOLOGY 77 (2011).

72 Sucn. Rosado Muñoz, 196 DPR en la pág. 899.

73 CONST. PR art. II, § 1 (“La dignidad del ser humano es inviolable”).

74 Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman’s Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1 (2008).

75 Véase sección V(A).

76 Salazar, *supra*, nota 27 en las págs. 331-338; SUNDARA RAJAN, *supra* nota 71 en la pág. 443 (sobre el *droit de suite*).

(como en el caso de *Harguindey Ferrer v. Universidad Interamericana de PR.*,⁷⁷ sobre el reconocimiento de autoría a un editor de un libro), y reclamos para mantener la *integridad* de la obra ante alegaciones de que se mutilaría la misma (como los murales en *Ossorio*).⁷⁸

Actualmente —como se explorará más a fondo en la parte cuarta— la *Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico*, en su artículo dos, sección (b), incluye prominentemente el derecho que tienen las autoras a la *atribución* (el “reconocimiento de su condición de autor, cuando lo sea, así como evitar que se le atribuyan obras de las que no sea autor. Incluye el derecho a determinar si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”),⁷⁹ y el de *integridad* (“impedir la mutilación, deformación, o alteración . . . [y] la presentación pública o distribución de una obra mutilada, deformada, o alterada, de modo que resulte en menoscabo de sus legítimos intereses o su reputación”,⁸⁰ así como “la destrucción culposa o negligente de un original o de un ejemplar único de la obra”).⁸¹

Debo enfatizar que mi mayor interés está en este último derecho (el de integridad), pues es el que más directamente impacta las posibilidades de reutilización de obras por la comunidad. Ello, especialmente cuando consideramos que bajo el régimen de *copyright* federal existen amplios espacios de usos legítimos no autorizados que, concebiblemente, impactarían los intereses de las autoras para que no se altere su obra bajo un régimen de derechos morales. Así, por ejemplo, el régimen federal permite una amplia gama de libertades para las usuarias que incluyen:⁸² (1) la distribución y presentación pública de copias adquiridas por usuarias bajo la doctrina de agotamiento o *first sale*;⁸³ (2) utilizar equipo en los hogares para editar y modificar películas de forma que se suprima contenido objetable por una usuaria;⁸⁴ (3) la ley federal permite a las dueñas de un edificio que es obra arquitectónica a realizar modificaciones a la misma o destruirla, independientemente de los derechos que puedan tener las arquitectas sobre sus obras;⁸⁵ (4) la sección 115 permite a cualquier persona realizar (y distribuir al público) una interpretación nueva de una composición musical que ya haya sido previamente distribuida al público; es decir, hacer un *cover* de una canción, sin pedir permiso a la compositora siempre que se paguen tarifas establecidas reglamentariamente y cuando la nueva versión no altere la melodía básica o el carácter fundamental de la composición;⁸⁶ (5) la sección 114 permite a una persona realizar obras derivadas, sin pedir permiso, de grabaciones sonoras (*sound recordings*) siempre que

77 *Harguindey Ferrer v. U.I.*, 148 DPR 13 (1999).

78 Casos como *Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo*, 196 DPR 884 (2016) y *Negrón Miró v. Vera Monroig*, 182 DPR 218 (2011) no versan sobre los derechos morales en términos específicos, sino más bien sobre otros asuntos generales como requisitos formales para su reclamación judicial bajo la ley de 1988 (*Negrón Miró*) y la titularidad de los derechos tras la muerte de la artista (*Sucn. Rosado*).

79 *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRa § 1401j(b)(1) (2019 & Supl. 2020).

80 *Id.* § 1401j(b)(3).

81 *Id.*

82 Jessica Litman, *Lawful Personal Use*, 85 TEXAS L. REV. 1871, 1896 (2007).

83 17 U.S.C. § 109.

84 *Id.* § 110(11).

85 *Id.* § 120.

86 *Id.* § 115.

no se apropien los sonidos exactos de una grabación;⁸⁷ (6) la sección 117 permite realizar adaptaciones de programas de computadora cuando sea necesario para su uso;⁸⁸ y, por supuesto, (7) la extensa (y constitucionalmente requerida) doctrina de *fair use* que permite reutilizar obras sin permiso de las autoras para una variedad de objetivos,⁸⁹ en especial fines *transformativos* que pueden ser moralmente objetables por las autoras.⁹⁰

Algunas de estas libertades en el régimen federal muy evidentemente fortalecen los derechos de la comunidad para reutilizar obras, aún en contextos moralmente objetables para las autoras. Pensemos, a modo de ejemplo, en el caso *Cariou v. Prince*, del tribunal federal para el Segundo Circuito.⁹¹ Allí un reconocido artista utilizó (sin autorización) una serie de fotografías de rastafari jamaíquinas tomadas por un fotógrafo profesional, las modificó significativamente y las presentó en una exhibición (incluso publicó y vendió su catálogo). Todas estas adaptaciones fueron consideradas *fair use*, por ser transformativas, y por ende usos privilegiados y autorizados por la ley.⁹²

A pesar de estas libertades en el régimen de *copyright*, la concepción del Tribunal sobre el derecho de integridad es sumamente expansiva. Por ejemplo, ya habíamos visto que en *Pancorbo* manifestó que la ubicación de la obra en un *contexto objetable* puede constituir una violación a la integridad. Asimismo, la protección a la integridad de la obra impide modificaciones, no solo al original de una obra de arte visual, sino a la copias y reproducciones de estas. El caso de *Cotto Morales v. Ríos* ejemplifica esta posición.⁹³

En este caso, una fotografía de una obra de Sixto Cotto fue utilizada sin su permiso en un catálogo de productos Sony. Se trataba de una serigrafía de 250 ejemplares, que apareció en dos páginas del catálogo. Es importante notar que utilizar la obra en este contexto constituye una reproducción de esta bajo la ley federal y es dudoso que su uso estaría validado por la doctrina de *fair use*, por lo que probablemente existirían remedios bajo el régimen federal.

87 *Id.* § 114.

88 *Id.* § 117.

89 *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (estableciendo que *fair use* es necesario como una válvula de escape para que el sistema de *copyright* sea consistente con la primera enmienda).

90 17 U.S.C. § 107. Más allá de las aquí mencionadas, en general las secciones 107 a la 122 de la ley federal incluyen una amplia gama de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos con el potencial de contradecir las restricciones del derecho moral. Véase 17 U.S.C. §§ 107-122.

91 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013).

92 Mientras este escrito estaba en edición, el tribunal federal para el Segundo Circuito aclaró el alcance de *Cariou v. Prince*, en *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, No. 19-2420-CV, 2021 WL 1148826 (2d Cir. Mar. 26, 2021). En este último caso, el tribunal distinguió a *Cariou* de una apropiación artística por Andy Warhol al crear unas obras del músico Prince utilizando como base, y sin autorización, una fotografía del demandante. Al así resolver, el Tribunal consideró “whether the secondary work’s use of its source material is in service of a ‘fundamentally different and new’ artistic purpose and character, such that the secondary work stands apart from the ‘raw material’ used to create it”. *Andy Warhol Found. for the Visual Arts*, 2021 WL 1148826, en la pág. *8. Unos días después, el Tribunal Supremo resolvió en *Google v. Oracle*, No. 18-956 (April 5, 2021) que es *fair use* el que Google se apropiara de cierto código de computadora (el *declaring code* de un *Application Program Interface*, o API), tras considerar las características particulares de los programas de computadora y, en particular, de los API. Está por verse el impacto de la opinión del Tribunal Supremo en *Google* sobre el razonamiento en *Warhol*.

93 *Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604 (1996).

Lo significativo es que en este caso la *mutilación* no ocurrió en la obra misma. Es decir, no ocurrió en uno de los 250 ejemplares. En cambio, la modificación en una *reproducción* de ella (en el catálogo) fue suficiente para la violación del derecho. El Tribunal lo explica de la siguiente manera:

La integridad personal no se desvanece por el mero hecho de que la obra se reproduzca, si al reproducirse se mutila según hemos descrito. Máxime cuando, como en el caso de autos, tal reproducción se hace sin el consentimiento del autor, aunque éste no pueda recobrar en la jurisdicción local la porción por dicho quebrantamiento.

La mutilación de la obra reproducida cuando [e]sta es publicada sin la autorización del autor involucra su derecho moral de forma parecida a la mutilación de la obra propiamente. Resolver lo contrario significaría abrir las puertas al abuso indiscriminado por parte de terceros aprovechados del caudal artístico que producen nuestros artistas.⁹⁴

En cuanto al tipo de mutilación o distorsión que ocurrió en el catálogo, el Tribunal lo describió de esta forma:

[A]l reproducirse en la página veintiocho (28) del catálogo en el cual aparece cortada en su margen izquierdo, eliminándose una franja vertical de aproximadamente tres octavos de pulgada (3/8") de área impresa. *Al eliminarse esta franja se le cortó a la paloma de la rúbrica la mitad del cuerpo dejando solamente la cola y una pequeña parte del tronco y de un ala.* Determinó el foro a quo que el señor Cotto utiliza frecuentemente una diminuta paloma como rúbrica en sus obras. Este elemento iconográfico es distintivo del trabajo del artista y se utiliza al igual que la firma. En el caso de autos la mutilación de la obra no solamente afecta la rúbrica del autor al quedar irreconocible, sino que también se afecta su composición general, al perderse un elemento que le impartía movimiento y continuidad a la escena incorporando el margen del papel a la totalidad de la composición artística.

La pérdida que sufre la obra como un todo se agrava al quedar incompleto el juego tridimensional que sirve de soporte y confirmación visual de lo que ocurre en el resto del diseño. La dualidad entre protuberancia y profundidad en el elemento geométrico rojo-verde del margen inferior, y el borde de luz vertical en el extremo izquierdo del plano oscuro que aparenta ser el apoyo horizontal del cuatro "gigante", se han eliminado, dejando a la obra impedida en su función de jugar con el espectador y hacerle saber que el tratamiento es intencional.⁹⁵

94 *Id.* en la pág. 625.

95 *Id.* en las págs. 624-25 (énfasis suplido).

Es importante no menospreciar el impacto que puede tener para una artista que se elimine la rúbrica de su obra, que es como parte de su firma e “identifica la autoría de su obra”.⁹⁶ Se puede dar por sentado que puede representar una ofensa real para muchas creadoras. No obstante, considerando que no se trata de una modificación a un ejemplar único —o en cantidades limitadas— sino a una fotografía de su obra, también es importante contrastar este escenario con los espacios de flexibilidad que el régimen de *copyright* ofrece a la comunidad de usuarias de obras creativas (como las fotografías rastafaris en *Cariou v. Prince*). En la medida en que una *mutilación* implique una transformación de la obra que es, a su vez, un uso privilegiado por la doctrina de *fair use* y por valores asociados con la libertad de expresión, el derecho de integridad luce problemático desde esta perspectiva.⁹⁷

La jurisprudencia presenta múltiples conflictos similares. Tomemos como ejemplo el caso de *Bill Graham Archives*,⁹⁸ del segundo circuito, en el cual se validó como *fair use* utilizar ciertas reproducciones achicadas de afiches de la banda *Grateful Dead* en un libro sobre la historia de esta agrupación musical. Uso que, de cuestionarse en Puerto Rico bajo la decisión de *Cotto Morales*, muy probablemente sería inválido, esto por considerarse una mutilación de las obras originales. Compárese, además, el caso de *Authors Guild v. Google, Inc.*,⁹⁹ en el que un tribunal federal validó como *fair use* el que Google digitalizara decenas de millones de libros para facilitar búsqueda en su texto, de modo que las personas puedan encontrar obras con referencia a sus intereses. Según el *Google Book Search Project*, las personas no pueden ver el libro completo —a menos que esté en el dominio público o autorizado por sus titulares—, pero sí pedazos o *snippets* de los mismos.¹⁰⁰ El valor social de esta herramienta solo es posible con el uso de tecnología digital. ¿Cómo luce el proyecto, no obstante, desde el punto de vista de nuestra jurisprudencia? ¿Están mutiladas las obras presentadas por pedazos?

El entorno digital presenta retos particulares a la visión proteccionista de los derechos autorales que proyecta el Tribunal Supremo. Tal vez ya a estas alturas, en el 2021, es una perogrullada afirmar que la reducción en el costo en los medios de producción de información, así como la capacidad para modificar imágenes, videos y textos, y la facilidad para distribuirlas instantáneamente, ha provocado transformaciones importantes en la forma en que la sociedad interactúa con elementos de su cultura. Yochai Benkler se refirió a esta transformación, provocada por la tecnología digital y el *internet*, como una transición de una *economía de información industrial* —o, *industrial information economy*, en que la información se produce de forma centralizada, y se transmite de pocas personas a masas receptoras— hacia una *economía de información en redes* (*networked information economy*) en que la información se produce y se transmite de manera distribuida, granular y

96 Teresa Tió, *No es lo mismo ser que estar*, en RAFAEL TUFÍÑO: PINTOR DEL PUEBLO 100-03 (2003).

97 Véase Cathay Y. N. Smith, *Creative Destruction: Copyright's Fair Use Doctrine and the Moral Right of Integrity*, 47 PEPP. L. REV. 601 (2020), para un análisis de las tensiones entre el derecho de integridad y la libertad de expresión.

98 *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2nd Cir. 2006).

99 *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015).

100 *Id.* en las págs. 209-10.

desparramada, de muchas a muchas.¹⁰¹ Quien recibe la información es cada vez menos una mera consumidora pasiva, transformándose cada vez más en una usuaria y generadora de obras hiperactiva.

Estas oportunidades que proveen las tecnologías de información crean posibilidades de participación cultural más democráticas, o lo que Terry Fisher llama *democracia semiótica*, y nos invitan a *revertir la concentración de poder semiótico* para que las personas “estén más involucradas [y] menos enajenadas, [en la medida en que] tienen más voz en la construcción de su entorno cultural”.¹⁰² Promover estas dinámicas de interacción con la cultura es promover lo que Jack Balkin llama una *cultura democrática*.¹⁰³ Desde esta perspectiva, la cultura es parte de lo que nos constituye como sujetos y contribuye a forjar nuestras identidades, por lo que es vital defender aquellas posibilidades que tenemos para participar en los procesos de creación de nuestro entorno:

Participation in culture is important to us as human beings because, in an important sense, we are made out of culture; we draw on culture to be the sort of individuals we are. We inhabit, reproduce, and reconstruct culture by living in it, using it, adding to it, building on it, and altering it through our use of it. A democratic culture is not democratic because people get to vote on what culture should be like. It is democratic because people get to participate in the production of culture through mutual communication and mutual influence. Democratic culture invokes a participatory idea of democracy.¹⁰⁴

Una simple vuelta por la internet refleja millones de ejemplos. Encontramos narrativas alternas de historias populares —como Harry Potter, Star Trek, entre otras—, conocidas como *fan fiction*, contadas desde las perspectivas de personajes secundarios como, por ejemplo, mujeres, minorías raciales, sexuales o étnicas. Personajes, obras literarias, imágenes y videos son apropiados, reutilizados y se hacen parte de una conversación muy reflexiva sobre el entorno contemporáneo. Así, por ejemplo, se encuentran trabajos de *fan fiction* desde la perspectiva de Hermione Granger (Harry Potter), o que giran alrededor de las relaciones amorosas entre Captain Kirk y Spock (Star Trek).¹⁰⁵ En estos casos, no solo se intentan “cambiar entendidos populares [sobre el género, las relaciones de poder, entre otras cosas], sino también se tratan de actos de empoderamiento”¹⁰⁶ de las personas

101 YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* 3 (2006).

102 WILLIAM W. FISHER III, *PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT* 30-31 (2004) (traducción suplida).

103 Jack Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 37 (2004).

104 Jack Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 33 PEPP. L. REV. 427, 438 (2009).

105 Para una mayor discusión sobre el tema, véase Zabbie Watson, *Exploring the first frontier of slash fiction*, INVERSE (27 de mayo de 2016), <https://www.inverse.com/article/16203-on-star-trek-sherlock-holmes-and-the-origins-of-slash-fiction>.

106 MADHAVI SUNDER, *FROM GOODS TO A GOOD LIFE: INTELLECTUAL PROPERTY AS GLOBAL JUSTICE* 121 (2012) (traducción suplida).

o grupos que generan estas obras. Después de todo, es también una forma de contar estas historias que son parte de nuestra cultura desde *sus* puntos de vista.

A la luz de la forma en que el derecho puertorriqueño visualiza a la protección moral de las autoras y (en particular el derecho a mantener la integridad de la obra) *vis-a-vis* las formas de participación cultural que tenemos de frente, es urgente preguntar ¿Cómo debemos pensar las enseñanzas de la jurisprudencia y, en particular, de las dicotomías allí establecidas? ¿Qué valores sociales están implicados y, prominentemente, ignorados en esta forma de ver el régimen de derechos morales puertorriqueño? Comenzaré por la primera de estas preguntas, escudriñando estas dicotomías morales/patrimoniales; personales/mercantiles.

II. ESCUDRIÑANDO LAS DICOTOMÍAS

En el campo de los derechos morales en Puerto Rico, la dicotomía que separa lo personal (no mercantil) de lo patrimonial (ubicado en la lógica del mercado), es parte de un proyecto intelectual que he llamado el *Paradigma de Propiedad*.¹⁰⁷ Se trata de una visión de mundo en que se justifica la propiedad intelectual como algo que las autoras *merecen* moralmente; una especie de derecho natural (a diferencia de una serie de derechos otorgados por el Estado como parte de una política pública social de derecho positivo). Este *Paradigma de Propiedad* toma varias formas.

Una versión de este paradigma se fundamenta en la teoría de propiedad de John Locke, justificando la propiedad intelectual como moralmente merecida, a partir de la mezcla del trabajo individual con recursos comunes.¹⁰⁸ Es decir, se explica bajo la premisa de que las autoras merecen protección porque se esforzaron, porque se *han fajado*. En años recientes, la visión Lockean ha tomado cierto auge como justificación moral a la propiedad intelectual.¹⁰⁹ Sin embargo, su marcado énfasis en los derechos de propiedad en clave libertaria y, por ende, en la libre enajenación de los derechos, le hace incompatible con insistir en una conexión de personalidad entre obra y artista que no es mercantil y que persiste aun después de venderse los derechos patrimoniales. En todo caso, la versión libertaria del *Paradigma de Propiedad* (sobre el merecimiento moral de los derechos) ofrece apoyo al polo patrimonial de la dicotomía.¹¹⁰ De otro lado, la versión del *Paradigma de Propiedad* que

¹⁰⁷ Hiram Meléndez Juarbe, *Mercados, propiedad, expresión y uso personal: el sistema de derechos de autor*, DER. CRÍT. SOC. 1 (1) 109-138 (2015); Hiram Meléndez Juarbe, *Technopolitics and copyright regulation: the limits of a right to hack*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (2011) https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela_97/ (esta sección incorpora discusiones de estos escritos).

¹⁰⁸ Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. J. 1533, 1544-45 (1993). Véase, además, Daniel Attas, *Lockean Justifications of Intellectual Property*, en INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE 29 (Axel Gosseries et al. eds. 2008); JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1690).

¹⁰⁹ ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY 307 (2011).

¹¹⁰ Richard A. Epstein, *What is so Special about Intangible Property? The Case for Intelligent Carryovers*, en COMPETITION POLICY AND PATENT LAW UNDER UNCERTAINTY: REGULATING INNOVATION 42 (Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright eds., 2011); Para una versión Lockean de las cosas, véase Richard A. Epstein, *The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to A Premature Obituary*, 62 STAN. L. REV. 455 (2010); RICHARD A. EPSTEIN, SUPREME NEGLECT: HOW TO REVIVE CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR PRIVATE PROPERTY (2008); RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985).

insiste en los derechos autorales no mercantilizables amparados en una conexión entre la obra y la personalidad de la autora,¹¹¹ puede vincularse, en cambio, a una visión Hegeliana de las cosas y a una concepción de la dignidad humana.

El *Paradigma de Propiedad* va más allá del tipo de norma en el derecho positivo sobre los derechos morales. El Paradigma tiene un arraigo profundo en la cultura y se traduce en el convencimiento social —más allá del derecho— de que, sobre todas las cosas, la autora moralmente merece algún tipo de derecho de propiedad. En el contexto de los derechos autorales, así como en otros, la propiedad puede entenderse discursivamente.¹¹² Imaginar a la propiedad discursivamente, como un constructo social, permite explorar su maleabilidad y revelar las luchas que se dan para constituir, cambiar o reconfigurar su significado. Como ejercicio discursivo, la propiedad tiene un impacto tangible y profundo pues contribuye a que queden constituidas categorías jurídicas que, a su vez, contribuyen a forjar nuestras identidades, como sostiene Efrén Rivera.¹¹³ Es decir, nuestra identidad —nuestro contenido de consciencia, cómo nos visualizamos, cómo vemos al mundo, quiénes somos frente a otras— queda influenciada, entre otras cosas, por el contenido que se le dé discursivamente a la propiedad privada, y por la forma en la que queda incorporado ese contenido formalmente en el Derecho.¹¹⁴ De ahí que, por el carácter que discursiva y legalmente toma la propiedad intelectual y, por ende, el carácter que toma el *Paradigma moral de Propiedad*, se constituye la identidad de la persona que creó la obra, concibiéndosele como una persona esencialmente *virtuosa*. Es la razón por la cual el Tribunal Supremo se refiere al “genio del artista”¹¹⁵ y a su respeto, honra y dignidad, como valores primordiales. En esta visión, la autora es una persona creadora especialísima; un arquetipo de virtud involucrada en un “quehacer espiritual”.¹¹⁶ Como contraparte, se construye la identidad de la usuaria no autorizada, a quien se le concibe fundamentalmente como una *pirata, plagiadora, o ladrona*. De modo que, el uso no autorizado y la persona que lo realice, adquiere un carácter de inmoralidad.¹¹⁷ El *Paradigma de Propiedad*, en fin, despliega una serie de recursos discursivos que dan validez a la persona virtuosa (la artista) merecedora de derechos y a la

¹¹¹ Sobre los derechos morales en general véase, Cyrill P. Rigamonti, *Deconstructing Moral Rights*, 47 HARV. INT'L. L. J. 353 (2006). En los Estados Unidos véase Visual Artists Rights Act of 1990, 17 USC §§ 101, 106a; Roberta Rosenthal Kwall, *Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1945 (2006); Véase Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L. J. 287 (1998).

¹¹² CAROL M. ROSE, PROPERTY AND PERSUASION: ESSAYS ON THE HISTORY, THEORY, AND RHETORIC OF OWNERSHIP (1994) (proponiendo Carol Rose, que la *propiedad es persuasión*: es decir, un ejercicio discursivo en el que continuamente imaginamos, discutimos e intentamos convencer a otros en torno a las maneras de concebir el uso, disfrute y distribución de las cosas).

¹¹³ Efrén Rivera Ramos, *Derecho y subjetividad*, 5-6 FUNDAMENTOS 125 (1997-98).

¹¹⁴ *Id.* en la pág. 5; ÉRIKA FONTÁNEZ TORRES, AMBIGÜEDAD Y DERECHO: ENSAYOS DE CRÍTICA JURÍDICA (2014); Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HST. L. J. 805 (1987).

¹¹⁵ Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo Marrero, 196 DPR 884, 903 (2016).

¹¹⁶ Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda, 106 DPR 49, 58 (1977) (Martín, opinión disidente).

¹¹⁷ Véase EDUARDO PEÑALVER & SONIA KATYAL, PROPERTY OUTLAWS: HOW SQUATTERS, PIRATES, AND PROTESTERS IMPROVE THE LAW OF OWNERSHIP (2010); Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 FORDHAM L. REV. 347, 351 (2005); Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI. KENT. L. REV. 841 (1993) (“[s]i pensamos en un autor como alguien que posee un derecho natural a enriquecerse de su obra, entonces pensaremos en quien copia como una especie de ladrón”) (traducción suplida).

persona moralmente impugnabile (la pirata). Como consecuencia, se oscurecen e ignoran tanto discursivamente como en el derecho importantes valores sociales que también debemos tomar en cuenta como aquellos relacionados con la libertad de expresión y con la capacidad de las usuarias de interactuar con su cultura.

Según expresado anteriormente, la visión moral no mercantil de la propiedad está apoyada por una concepción Hegeliana.¹¹⁸ Como sostiene Jeremy Waldron, las personas “necesitan poder ‘encarnar’ la libertad en sus personalidades en objetos externos para que sus concepciones de sí mismas como personas dejen de ser puramente subjetivas y se vuelvan concretas y reconocibles para ellas y para otras en un mundo público y externo”.¹¹⁹ De este modo, “una persona puede establecer su voluntad como una característica objetiva del mundo y trascender la etapa en la que es simplemente un aspecto de su vida interna y subjetiva”.¹²⁰ Debido a que la obra misma se concibe como una “expresión continua de su creadora”,¹²¹ esta visión es escéptica en torno a la enajenación o mercantilización de derechos sobre la obra toda vez que esta contiene elementos integrales a la autora. Por ello, esta enajenación —cuando ocurre— viene atada con condiciones que permiten controlar el uso de la obra en el entorno público, (e.g., el derecho de integridad y el de atribución),¹²² *porque es una forma de controlar estos elementos de la personalidad donde sea que la obra se encuentre.*

La insistencia en nuestro ordenamiento en la dicotomía que separa lo personal de lo patrimonial como clave única para pensar en los derechos de las autoras—y el énfasis en nuestro entorno jurídico del elemento personal no mercantizable — es una forma de consolidar y fortalecer estos elementos de control de la artista sobre la obra en nuestra jurisdicción (con independencia de los elementos que otorgan mayor flexibilidad en el uso de la obra que encontramos en la dimensión federal). Es decir, el fuerte control de la autora sobre su obra en nuestra jurisdicción *depende de que se sostenga con solidez la separación entre lo personal y lo patrimonial, entre lo no mercantil y lo mercantil.* La ausencia de esta dicotomía desplomaría el sistema dual (el local y el federal), con consecuencias prácticas en cuanto a la doctrina de campo ocupado, y con la consecuencia más conceptual de lanzar al régimen de derechos morales en Puerto Rico hacia su incoherencia.

Cuando examinamos con cuidado la separación entre lo personal y lo patrimonial, nos damos cuenta de su vulnerabilidad. Las esferas de lo personal y lo mercantil no están nítidamente segmentadas, como nos comunica nuestra jurisprudencia. Hay quien se refiere a estas dicotomías como la perspectiva de “esferas separadas” y de “mundos hostiles”.¹²³ Desde este punto de vista, se divide el mundo en dos espacios de acción completamente independientes que, de verse conectados, se contaminan recíprocamente. Así, Michael

118 Hughes, *supra* nota 111; JEREMY WALDRON, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY* 353 (1988).

119 WALDRON, *supra* nota 118, en la pág. 353 (1988) (traducción suplida).

120 *Id.* en la pág. 356 (traducción suplida).

121 Hughes, *supra* nota 111, en la pág. 348 (traducción suplida).

122 *Id.* en la pág. 350.

123 Joan C. Williams and Viviana A. Zelizer, *To Commodify or Not to Commodify: That Is Not the Question*, *RETHINKING COMMERCIALIZATION: CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 364 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005).

Sandel apunta a ciertos bienes que no pueden ser susceptibles de transmisión en el mercado porque, hacerlo implicaría una corrupción del significado social atribuible a ese bien.¹²⁴ Por ejemplo, objetaríamos a que un premio Nobel o las calificaciones en un examen de Derecho sean comprados con dinero porque pensamos que el criterio para su distribución debe ser distinto al mercantil. Comprar un premio Nobel corrompería el significado de ese objeto. La compra del proceso político y la infusión de dinero en los procesos democráticos también ejemplifican esta tensión.¹²⁵ La forma en que se proyecta esta dicotomía en el Tribunal Supremo refleja esta visión de *mundos hostiles* en que, por fuerza, hay que evitar que los derechos morales se perviertan por la esfera del dinero que encierra el derecho de *copyright* federal. Sencillamente, pertenecen a esferas separadas.

La realidad es que podemos encontrar situaciones en las que las normas del mercado y las que no lo son coexisten en el tiempo y en el espacio con respecto al mismo bien, desafiando la misma distinción entre mercado y no mercado. En algunos contextos ocurre mercantilización con respecto a objetos cuyos significados creemos que son anatema a los mercados. Por ejemplo, cuando cosas que son constitutivas de identidades culturales (como los objetos de nativos americanos) se clasifican como artículos coleccionables bajo la etiqueta legal de *patrimonio cultural*,¹²⁶ o se venden en una subasta;¹²⁷ cuando comunidades tradicionales reclaman la protección de la propiedad intelectual para el conocimiento desarrollado históricamente por estas;¹²⁸ cuando las comunidades y las personas descansan en mercados para distribuir bienes y prácticas vinculadas con sus identidades (identidades sexuales, religiosas, culturales);¹²⁹ o cuando tejidos humanos se extraen para tratamiento y se luego se utilizan para experimentación con potencial valor económico.¹³⁰ Muchas de estas son instancias que ejemplifican lo que Margaret Jane Radin cataloga como *mercantilización incompleta*;¹³¹ posiciones intermedias entre mercado y no mercado que, en muchos casos, dependen de cómo el derecho concibe la relación entre la persona y los objetos: mientras más íntima la relación entre la persona y el bien, menos mercantilizable se concibe al bien;

124 MICHAEL SANDEL, *WHAT MONEY CAN'T BUY: THE MORAL LIMITS OF MARKETS* (2012). Para otra perspectiva, véase, DEBRA SATZ, *WHY SOME THINGS SHOULD NOT BE OR SALE: THE MORAL LIMITS OF MARKETS* (2010).

125 MICHAEL WALZER, *SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY* (1983).

126 Native American Graves Protection and Repatriation Act § 3, 25 U.S.C. § 3002 (2012) (estableciendo *pertenencia* en "Native American human remains and associated funerary objects, in the lineal descendants of the Native American"); Sarah Harding, *Culture, Commodification, and Native American Cultural Patrimony*, *RETHINKING COMMODIFICATION: CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 137 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005).

127 Tom Mashberg, *Auction of Hopi Masks Proceeds After Judge's Ruling*, *NY TIMES BLOG* (12 de abril de 2013), <http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2013/04/12/french-judge-rules-that-auction-of-hopi-masks-can-proceed/>.

128 MADHAVI SUNDER, *FROM GOODS TO A GOOD LIFE*, *supra* nota 106, en la pág. 129 (2012); Madhavi Sunder, *Property in Personhood*, in *RETHINKING COMMODIFICATION*, 164.

129 Regina Austin, *Kwanza and the Commodification of Black Culture*, *RETHINKING COMMODIFICATION: CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 178 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005); Alexandra Chasin, *Selling Out: The Gay and Lesbian Movement Goes to Market*, *RETHINKING COMMODIFICATION: CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 213 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005).

130 Véase *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal 1990); Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U. L. REV. 359 (2000).

131 MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (1996).

y mientras más distante esa relación, más fungible será ese bien. La mercantilización del cuerpo, por ejemplo, en el contexto de la discusión sobre la legalidad de la prostitución o la maternidad subrogada presenta retos de esta naturaleza.¹³² En estos casos, la pregunta a plantearse no es si existe la personalidad o no; la pregunta es si el derecho y la política pública deben asumir una postura en torno a si tratar a estas cosas como personales o fungibles.¹³³

Con los derechos morales autorales pasa algo similar. No se trata de si existe una conexión entre la persona y su obra como cuestión de realidad; sino cómo el derecho va a tratar a esta propiedad: como personal o fungible. Con esto no estoy diciendo que todo siempre se debe poder distribuir a través del mercado. Pero la realidad es que el derecho autoral es mucho más complejo que la visión maniquea y binaria vista hasta ahora. Lo personal y lo patrimonial están sumamente interrelacionados en el derecho autoral puertorriqueño. Algunos ejemplos bastan.

Luego de examinar la ley actual de derechos morales, Pedro Salazar señala en su escrito lo que son los “principios y normas usualmente asociados a los derechos patrimoniales según fijados en la ley federal de ‘Copyright’”.¹³⁴ Ello incluye: (a) el hecho de que los derechos autorales tienen una protección que trasciende la vida de la autora; (b) la transmisibilidad *postmortem* de derechos supuestamente personalísimos “a la persona que el autor haya señalado expresamente por escrito”¹³⁵; (c) la posibilidad de retractar la autoría luego de la muerte de la autora; (d) que la obra creada “por encargo” no genere derechos morales, a menos que se pacte por escrito,¹³⁶ y (e) la renunciabilidad del derecho de integridad. De este modo, reflexiona Salazar, “el carácter imprescriptible, intransferible e irrenunciable del derecho moral, conforme a su naturaleza ‘personalísima’, queda alterado en nuestra jurisdicción”.¹³⁷ A ello se le suma la preocupación especial por el uso comercial en el sistema de remedios en la *Ley de derechos morales* para los casos en que “la violación al derecho moral esté dirigida principalmente a generar un beneficio mercantil o económico”.¹³⁸

De otra parte, la hibridez entre lo personal y lo patrimonial quedó retratada por el Tribunal Supremo en *Suc. Rosado Muñoz* al declarar que, por un lado, las obras creadas por una artista son personalísimas (*vis-a-vis* la sociedad legal de gananciales) pero, por otro lado, se indicó que:

[T]an pronto dicha obra se traduce en beneficios económicos, el cuadro de privatividad descrito cede y, por lo tanto, la Sociedad Legal de Gananciales tiene derecho a los frutos que esta genere vigente el matrimonio, así como aquellos derechos que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico sobre los bienes privativos. *De esta forma, se protegen y armonizan ambos intereses.*¹³⁹

¹³² *Id.*

¹³³ Robert C. Post, *Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation*, 41 CASE W. RES. L. REV. 647, 663 (1991).

¹³⁴ SALAZAR, *supra* nota 27, en la pág. 365.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Ley de derechos morales de autor, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRA §1401s (2019 & Supl. 2020).

¹³⁹ *Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo*, 196 DPR 884, 914 (2016) (énfasis suplido).

Además, no puede ignorarse una disposición en la ley de Puerto Rico que parece vincular inexorablemente la protección de derechos morales a la vigencia de la protección federal de índole patrimonial. Así, la ley dispone que “[l]os derechos morales durarán la vida del autor y setenta (70) años después de su muerte o hasta que la obra entre en el dominio público, lo que ocurra primero”.¹⁴⁰ Conforme a esta última cláusula, tal parece que los derechos morales en Puerto Rico desaparecen —para una autora que esté viva— si la obra entra en el dominio público. Como no hay otra disposición en la ley local que provoque la entrada en el dominio público, la única interpretación razonable es que se refiera a su entrada en el dominio público en el sistema federal, para armonizar ambos regímenes, lo cual puede ocurrir por un sinnúmero de razones (particularmente para las obras creadas antes de 1978,¹⁴¹ bajo la *Ley de Copyright federal* de 1909, o las creadas entre 1978 y 1989 cuando prevalecían ciertos requisitos formales en la ley vigente).¹⁴² La expiración en vida de un derecho que, se dice, es de carácter natural parece un contrasentido.

Asimismo, de los expedientes examinados de alguna de esta jurisprudencia se desprende en varios casos el interés pecuniario —al menos parcialmente— de demandantes bajo el régimen moral. Así surge claramente del caso de *Pancorbo v. Wometco*, sobre el uso del video en la película *Fame* en que se reclaman regalías de la película, según mencionado anteriormente.¹⁴³ Asimismo, en *Harguindey Ferrer v. UI*, sobre la atribución de autoría al editor de un libro, estaba claro que la reclamación del demandante giraba alrededor de un alegado contrato de “otorgar a Harguindey ‘la parte que correspondiere del producto final de publicación como retribución económica así como el debido reconocimiento de su propiedad intelectual allí expuesta’”.¹⁴⁴

De forma inversa, según argumenta la profesora Jeanne Fromer,¹⁴⁵ hay instancias en el derecho de *copyright* federal —el sistema que es presumiblemente patrimonial en su totalidad— que pueden explicarse cómodamente a partir de un compromiso con los intereses morales autorales. Además de las disposiciones añadidas en 1990 expresamente atendiendo una protección a los derechos morales de artistas visuales,¹⁴⁶ puede apuntarse a la estructura de la duración de la protección (que está vinculada a la vida de las autoras y no a otros factores como su publicación con formalidades bajo la ley anterior de 1909),¹⁴⁷ al derecho de las autoras a retractar transferencias realizadas por ellas,¹⁴⁸ y al requisito de

¹⁴⁰ 31 LPRA § 1401m (énfasis suplido).

¹⁴¹ Sobre la posibilidad de la entrada de obras al dominio público con su publicación sin formalidades, véase, *Academy of Motion Picture Arts and Sciences v. Creative House Promotions, Inc.*, 944 F.2d 1446 (9th Cir. 1991).

¹⁴² 17 USC § 405(a).

¹⁴³ *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984).

¹⁴⁴ *Harguindey Ferrer v. Universidad Interamericana*, 148 DPR 13, 19-20 (1999). Ciertamente, como ha apuntado el Tribunal Supremo, el hecho de que los tribunales de Puerto Rico no permiten que una demandante recupere pérdidas patrimoniales, ello “no quiere decir que la violación de derechos extrapatrimoniales nunca puede entrañar la concesión de daños pecuniarios” toda vez que “[l]a medida es el daño espiritual y social sufrido, con atención a que el derecho moral de los autores” y no el daño económico. *Pancorbo v. Wometco*, 115 DPR 495, 502 (1984).

¹⁴⁵ Jeanne Fromer, *Expressive Incentives in Intellectual Property*, 98 VA. L. REV. 1745, 1746 (2012).

¹⁴⁶ Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA), 17 U.S.C. § 106A (1988).

¹⁴⁷ 17 U.S.C. § 302 (2018).

¹⁴⁸ 17 U.S.C. § 203 (2018).

originalidad el cual fue visto por el Juez Holmes en 1903 en términos similares a los derechos de personalidad.¹⁴⁹

En fin, la repetida insistencia en la dicotomía, como si se tratara de mundos completamente separados es más frágil de lo que parece a simple vista. Como se ha visto, los derechos morales, según el derecho puertorriqueño, combinan aspectos personales y aspectos muy propios de un régimen patrimonial. La idea de que *ante los ojos de la ley* la obra es una extensión de la personalidad, si es que va a ir acompañada de una noción de incompatibilidad con el mercado (como ha sostenido el Tribunal), queda cuestionada. Como consecuencia, se revela la dicotomía moral/patrimonial como artificiosa. Aunque ciertamente es una aspiración noble intentar reconocer jurídicamente los intereses legítimos de las autoras sobre sus obras, parece que la mentada dicotomía está en última instancia diseñada para atribuirle a las autoras un extraordinario espacio de control sobre bienes culturales.

III. UN ACERCAMIENTO PLURALISTA A LOS DERECHOS AUTORALES: MERCADO, PROPIEDAD, EXPRESIÓN Y USO PERSONAL

Habiendo considerado las limitaciones de esta visión un tanto maniquea que predomina en el derecho puertorriqueño, es importante articular una visión más completa de un régimen de derechos autorales. Una primera observación, como se ha dicho, es que los acercamientos morales y de mercado no tienen porqué ser incompatibles. Pero más importante, el énfasis contemporáneo en las autoras y en el mercado tienden a oscurecer el punto de vista de las usuarias de obras y, además, los intereses de la comunidad en un entorno discursivo vigoroso. Por esto, hay que echar a un lado la concepción binaria que predomina en nuestro sistema, si es que queremos dar paso a valores políticos importantes en nuestro régimen de propiedad intelectual. En cierto modo, propongo, hay que empezar de nuevo.¹⁵⁰

A tales efectos, me parece más apropiado pensar en un acercamiento pluralista que intente conjugar diversos valores inmersos en el sistema, con un marcado énfasis por los intereses de las usuarias y por la libertad de expresión. Lo que Amartya Sen llama para propósitos de su teoría de la justicia “una pluralidad de valores en competencia”¹⁵¹ tiene un largo pedigrí en el campo de la propiedad intelectual y académicos y académicas con perspectivas variadas han apuntado a esta característica del sistema.¹⁵² El hecho es que,

¹⁴⁹ Véase *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 250 (1903) ([t]he copy is the personal reaction of an individual upon nature. Personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man's alone. That something he may copyright unless there is a restriction in the words of the act”).

¹⁵⁰ Hiram Meléndez Juarbe, *Mercados, Propiedad, Expresión y Uso Personal: El Sistema de Derechos de Autor*, 1 DER. Y CRÍT. SOC. 109 (2015) (de donde provienen las reflexiones siguientes).

¹⁵¹ AMARTYA SEN, *THE IDEA OF JUSTICE* 15 (2009) (traducción suplida).

¹⁵² Para otras perspectivas pluralistas de la propiedad intelectual, véase, MERGES, *supra* nota 109 (2011); JOHN TEHRANIAN, *INFRINGEMENT NATION: COPYRIGHT 2.0 AND YOU* 54-57 (2011); William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, *NEW ESSAYS IN LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY* 168 (Stephen Munzer, ed., 2001); Véase Dan L. Burk, *Law and Economics of Intellectual Property: In Search of First Principles*, 8 A. REV. L. SOC. SCI. 397 (2012) (“the plurality of theories is not necessarily a fault; indeed, it may be a virtue”); David McGowan, *Copyright Nonconsequentialism*, 69 MO. L. REV. 1 (2004).

como expresa Madhavi Sunder, “[i]ntellectual property has long harbored multiple values”,¹⁵³ “[from] freedom to efficiency, from democracy to development, from dignity to distributive justice.”¹⁵⁴

En fin, la protección jurídica a las autoras es mejor vista como un sistema pluralista donde coexisten y compiten diversos grupos de valores —lo que llamo los cuatro paradigmas de Mercado, Propiedad, Expresión y Uso Personal. Las presiones recíprocas que ejercen estos paradigmas dan forma a sistemas socio-tecnológicos que definen la producción, distribución y uso del conocimiento en un entorno digitalmente interconectado. En general, la idea es que podamos evaluar a un sistema de derechos autorales por la forma en que combine estos valores (y podamos juzgarle por la manera en que favorezca a unos marcadamente sobre otros).

Conforme a la visión de mundo que llamo el *Paradigma de Mercado*, que es la que se refleja en la perspectiva patrimonial, los derechos autorales aspiran a promover la producción de obras creativas mediante la creación de un incentivo económico a las autoras. La premisa es que la autora debe ser incentivada para crear mediante un derecho exclusivo sobre sus obras porque, de no tener este derecho exclusivo, otras personas la utilizarán sin restricciones. Si la autora piensa que no podrá excluir a terceras personas del uso de sus obras y beneficiarse económicamente de las mismas, no tendrá suficiente motivación para crearla y, por ende, no generará la obra. Bajo esta teoría, el mundo será menos atractivo sin propiedad intelectual (comparado con un mundo con propiedad intelectual) porque no tendríamos suficientes obras ni un ecosistema de innovación intelectual lo suficientemente rico (que satisfaga las preferencias de la población—preferencias reflejadas en la demanda en el mercado de obras intelectuales). Esta teoría está repleta de aseveraciones empíricas que son difíciles, si no imposibles, de probar. Es decir, es muy difícil probar si, ausente un sistema de propiedad intelectual, el mundo intelectual estaría empobrecido y si, como sociedad, estaríamos peor que sin propiedad intelectual. Intelectuales de todo el espectro ideológico han intentado abordar estas cuestiones.¹⁵⁵

153 MADHAVI SUNDER, FROM GOODS TO A GOOD LIFE, *supra* nota 106, en la pág. 102 (traducción suplida).

154 *Id.* en la pág. 20.

155 Véase Christopher Jon Sprigman, *Copyright and Creative Incentives: What We Know (And Don't)*, 55 HOUSTON L. REV. 45, 455 (2017) (“Here’s the short answer to these questions: We don’t know. In large part we don’t know because we’ve only been asking the question, rather than simply assuming the necessity of copyright, for about a quarter century. In the context of empirical social science, that’s not a lot of time. Our copyright system is, for the moment, built mostly on speculation. And in the absence of evidence, we have a set of copyright rules driven mostly by interest group lobbying.”); Dan L. Burk, *Law and Economics of Intellectual Property: In Search of First Principles*, 8 A. REV. L. SOC. SCI. 397 (2012) (*citando a* MICHELE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, *AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY* (2008)) (“[t]he public goods rationale for intellectual property is contested and certainly does not offer a clear-cut explanation for implementing systems of exclusive rights. If the justification for granting exclusive rights in intangible works is to allow a return on investment but it is unclear that the benefits of doing so exceed the social costs, then it may be argued that the game is not worth the candle and exclusive rights ought not be granted.”); MERGES, *supra* nota 110, en la pág. 307 (2011); MICHELE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, *AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY* (2008); Véase George L. Priest, *What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property: Comment on Cheung*, 8 *Research in Law and Econ.* 21 (1986) (“[t]he inability of economists to resolve the question of whether activity stimulated by the patent system or other forms of protection of intellectual property enhances or diminishes social welfare implies, unfortunately, that economists can tell lawyers ultimately very little about how to enforce or interpret the law of intellectual property”); Véase Fritz

Normalmente, el *Paradigma de Mercado*, opera *ex ante*, como un incentivo *antes* de la creación, y justifica protecciones a las autoras en la medida que sea necesario para inducir a la producción. Esta perspectiva puede promover protecciones mínimas a las autoras, pues justificaría solo aquellas que sean absolutamente necesarias para inducir a las autoras pero no más.¹⁵⁶ Pero el *Paradigma del Mercado* frecuentemente da base a justificaciones *ex post* (es decir, protecciones que no se sustentan en el incentivo previo) bajo la idea de que el control futuro de todas las facetas de una obra propende al bienestar social y, por lo tanto, resulta más eficiente concentrar en manos únicas la decisión sobre el destino de esa obra.¹⁵⁷ Esta visión *ex post* se traduce en excepciones muy limitadas a favor de las usuarias, una protección vigorosa a las obras derivadas,¹⁵⁸ o la extensión prolongada del término de protección, entre otras cosas.¹⁵⁹

Independientemente de sus retos empíricos, el *Paradigma de Mercado* tiene un agarre particular sobre las operadoras del derecho de propiedad intelectual y tiende a asumirse como dogma, o al menos como una aproximación razonable a la verdad. Por supuesto, aunque mucha actividad creativa ocurre por motivaciones económicas y necesita este incentivo, la realidad es que muchas autoras crean (e históricamente lo han hecho) por razones distintas a la recompensa económica directa y persiguen intereses creativos por diversas razones como, por ejemplo, el amor, su deseo de comunicarse, respeto de pares y reconocimiento.¹⁶⁰

Le llamo el *Paradigma de Mercado* pues el proceso creativo tiene al mercado como alfa y omega: la promesa del mercado da vida a la obra, es su consecuencia natural y su modo de distribución ideal. El mentado incentivo es, precisamente, que la obra pueda traficarse como un bien de consumo. El objetivo último —el bienestar social que se genera con la producción de obras— es posible aquí tras la satisfacción de preferencias de las personas que adquieren la obra pagando su precio, la cual ha de producirse porque existe la posibilidad de su consumo. Se trata, pues, de la mercantilización o *commodification* absoluta del derecho autoral y del proceso creativo.¹⁶¹

Machlup, An Economic Review of the Patent System, Study No.15 of Comm. on Judiciary, Subcomm. on Patents, Trademarks, and Copyrights, 85th Cong., 2d Sess. 80 (1958) ([i]f we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it").

¹⁵⁶ Mark Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. CHI. L. REV. 129 (2004); WILLIAM LANDES & RICHARD POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 222 (2003).

¹⁵⁷ Randal C. Picker, *Fair Use v. Fair Access*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 603 (2008).

¹⁵⁸ Michael Abramowicz, *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, 90 MINN. L. REV. 317 (2005).

¹⁵⁹ Para una crítica de esta visión, véase Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257 (2007).

¹⁶⁰ Véase, Diane Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?* 12 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 29 (2011). El *paradigma del mercado*, y su idea complementaria del individuo, no da cuenta apropiadamente de la producción por pares (*peer-to-peer*) o los muchos casos de innovación no remunerada por usuarias). Véase ERIC VON HIPPEL, *DEMOCRATIZING INNOVATION* (2005). Otras personas cuestionan, sin embargo, si el monopolio de la propiedad aumenta el bienestar social, o *welfare*. Véase BOLDRIN & LEVINE, *supra* nota 156 (2008).

¹⁶¹ MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (1996).

El *Paradigma de Propiedad* ya lo hemos considerado al hablar de la justificación de merecimiento moral de los derechos autorales.¹⁶² Cabe añadir que es muy fácil trasladarse de una concepción de mercado a una visión de merecimiento moral.¹⁶³ Como expresó Jeremy Waldron, “[e]l pensamiento se mueve de *estímulo*, a *incentivo*, a *beneficio*, a *recompensa*, a *merecimiento*, de manera que algo que comienza como un asunto de política social deseable acaba siendo concebido como un derecho moral”.¹⁶⁴ Vale señalar que incluir el *Paradigma de Propiedad* en este acercamiento pluralista es un reconocimiento a la validez del impulso por reconocer que las autoras merecen algún tipo de protección, como cuestión moral, sólo que este interés no debe captar la atención del derecho de forma exclusiva.

El *Paradigma de Expresión* imagina a otro tipo de usuaria. Un régimen de libertad de expresión debe contribuir a sostener condiciones para un discurso público vigoroso.¹⁶⁵ No obstante, en la medida que el paradigma de *Mercado* refuerza una visión mercantil del derecho y del proceso creativo colocando en el centro del universo a las autoras, existe un riesgo real de que se afecte adversamente el discurso público si el sistema de protección impide que las usuarias se expresen a través de obras que circulan en su entorno cultural y que ostentan un poder simbólico significativo. El *Paradigma de Expresión*, y el tipo de sujeto expresivo que concibe, debe servir de contrapeso a estas presiones.

Este paradigma a veces es visto como parte del esquema de incentivos, particularmente la visión minimalista *ex ante* porque, conforme a esta, solamente se justifican aquellas protecciones necesarias para incentivar la creación y se favorecen limitaciones que permitan a otras crear sobre ellas, en una especie de espiral creativo.¹⁶⁶ Cónsono con esta visión, los sistemas jurídicos tienden a permitir una variedad de usos no autorizados, toda vez que estos usos puedan verse conectados a valores de libertad de expresión. Así, por ejemplo, doctrinas como la de *fair use*, la de *fair dealing* y otras excepciones permiten el uso de obras sin permiso para un sinfín de objetivos expresivos, tales como educativos, investigación, políticos, críticas y parodias, entre otros.¹⁶⁷

En cierto sentido el *Paradigma de Expresión*, así articulado, tiende a enfatizar la importancia de la *producción* de información por la usuaria, su contribución a un mercado de ideas y la calidad del debate público. Por ello, tienden a valorarse aquellos usos que sean transformativos o *constructivos*, o que pueda decirse que contribuyen al entorno expresivo más amplio —a diferencia de, por ejemplo, la apropiación que no tenga como resultado

162 Véase Parte II.

163 Para una discusión reciente sobre justificaciones no consecuencialistas a la propiedad intelectual, véase MERGES, *supra* nota 109, en la pág. 307 (2011).

164 Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI. KENT. L. REV. 841, 851 (1993) (traducción suplida).

165 ROBERT POST, *CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY AND MANAGEMENT* (1995).

166 Véase, *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985) (“[T]he Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.”). Véase McGowan *supra* nota 152.

167 17 U.S.C. § 107 (2018). Véase Michael Geist, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, en *THE COPYRIGHT PENTALOGY: HOW THE SUPREME COURT OF CANADA SHOOK THE FOUNDATIONS OF CANADIAN COPYRIGHT LAW* 157-186 (2013).

una contribución pública o la transformación en algo nuevo—.¹⁶⁸ Así, la usuaria privilegiada en este modelo es imaginada, en palabras de Tushnet, dentro del “discurso constitucionalizado más tradicional sobre crítica contestataria, protesta, ofensa y la expresión impopular”.¹⁶⁹ La persona virtuosa aquí es aquella que tiene algo que decir y contribuir al discurso público, pero lo dice tomando prestadas palabras de otras.¹⁷⁰

Finalmente, el *Paradigma de Uso Personal*, tiene como eje al individuo y su interacción con el contenido. En este sentido, contrario al paradigma de *Expresión*, el de *Uso Personal* valora la experimentación personal y privada sin tener en cuenta si contribuye o no algo nuevo al entorno expresivo. Me refiero a prácticas con una dimensión menos exteriorizada, tales como abrir, editar, recombinar, manipular obras, simplemente explorarlas y jugar con ellas, así como actividades relacionadas e incidentales (como romper candados digitales que impidan estos usos personales).

Estas prácticas de *Uso Personal* pueden concebirse sobre la base de alguna teoría de autonomía individual y como parte de procesos de autodefinición personal.¹⁷¹ Pero podrían también anclarse en una visión que subraya el carácter *situado* (no tanto autónomo) de los sujetos, como lo hacen Julie Cohen y Madhavi Sunder.¹⁷² Es decir, el tipo de usuaria imaginada por el *Paradigma de Uso Personal* es una persona que está sumamente inmersa en, atada a, y arropada por, su contexto cultural. Esta persona juega con los elementos culturales que le constituyen, en procesos iterados y en un intercambio continuo con la cultura. Pero la persona aquí está *situada* en un sentido que no es estático, pues no se le concibe como vinculada permanentemente al contexto cultural tal cual existe.¹⁷³ En cambio, el sujeto opera *a través* de la cultura, como nadando a través de ella, (dice Cohen, “*working through culture*”),¹⁷⁴ de modo que su ubicación le permite experimentar con ella con la posibilidad de trascenderla, transgredirla y reconfigurarla. En fin, la usuaria consume obras digitales, las copias para uso personal o, conforme al *Paradigma de Expresión*, para comunicar a otras. Las apropia para experimentar, jugar, reinventarse personalmente y, si quiere, proponer. La cultura es, en este paradigma, un proceso *generativo* que oscila entre la estabilidad de los elementos culturales que tenemos —estabilidad necesaria para anclarse en un contexto para experimentar— y la transgresión de lo que puede ser. La cultura es también *participativa*, pues depende de sujetos situados que trabajen *a través* de ella, desde su vientre. Se trata de mucho más que *conservar transformando* en el Arca

¹⁶⁸ Véase, e.g., *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 221 (2003) (resaltando el menor valor constitucional de “mak[ing] other people’s speeches”).

¹⁶⁹ Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L. J. 535, 558 (2004) (traducción suplida).

¹⁷⁰ *Id.* en la pág. 560.

¹⁷¹ Estos valores de autonomía se destacan hoy en el contexto de tecnologías digitales, pues las condiciones materiales para la producción y manipulación de productos culturales permiten identificarnos y experimentar personalmente, con ellos como participantes activos de procesos culturales, y no como receptores pasivos de información. Véase Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. Rev. 1 (2004); Tushnet, *supra* nota 169, en la pág. 568-69.

¹⁷² JULIE COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF (2012); SUNDER, *supra* nota 106.

¹⁷³ SUNDER, *supra* nota 106.

¹⁷⁴ COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF, *supra* nota 172, en la pág. 4.

de Arcadio Díaz, para volver a las reflexiones iniciales; sino de *transformar conservando*.

En la medida que el *Paradigma de Uso Personal* también sirve como precondition en ocasiones necesarias para la expresión pública, podemos ver su íntima conexión con el de *expresión*. Así, en el contexto de nuestro régimen constitucional, la Primera Enmienda debería exigir que ambos paradigmas se vean reflejados en su sistema de derechos autorales. En un entorno digital —rodeado de oportunidades de expresión y experimentación cultural— los paradigmas de expresión y uso personal toman gran relevancia.

En fin, un sistema de derechos autorales debe, como mínimo, reflejar todos estos paradigmas (mercados, propiedad, expresión y uso personal) y proveer mecanismos para que se regulen mutuamente. Sus interrelaciones pueden ser sumamente complejas, pero desde el punto de vista de la usuaria y sus intereses como agente expresivo o como sujeto situado, los paradigmas de *Expresión* y de *Uso Personal* deben servir de contrapeso a las presiones que ejercen los de *Mercado* y *Propiedad* y que han alcanzado un agarre discursivo dominante en nuestro entorno. De modo que, por ejemplo, si bien debemos favorecer sistemas legales que estén orientados a incentivar la creación con derechos de propiedad y proteger los intereses morales de las artistas, por su impacto sobre el uso expresivo por otras personas también debemos hacer un esfuerzo consciente por la protección de amplias libertades de uso bajo mecanismos como el *fair use* y otras limitaciones y excepciones. Si bien el discurso público vigoroso en un régimen de libertad de expresión se promueve con la producción y divulgación de obras creativas protegidas por derechos autorales, también se sostiene con la protección de la expresión de las usuarias que echan mano de su entorno cultural inmediato.

El esfuerzo del Tribunal Supremo de Puerto Rico—comenzando con las opiniones de Trías Monge— para enraizar una visión moral del derecho autoral en Puerto Rico ha rendido frutos. Por más de cuatro décadas hemos reproducido una perspectiva binaria sobre los objetivos de un sistema de derechos morales, impidiendo que se desarrolle una conciencia en nuestro campo jurídico sobre otros intereses sociales valiosos asociados con la libertad de expresión y con los derechos de las usuarias. La pretensión de ubicar toda controversia en el derecho de Puerto Rico dentro de un paradigma moral de propiedad tiene el alcance de encajonar nuestras discusiones bajo un lente muy específico que es ciego a valores políticos importantes. Trías Monge intentó muy tímidamente restringir estas consecuencias cuando en *Ossorio* apuntó a la aplicabilidad del “abuso del derecho” como doctrina limitante.¹⁷⁵ Lamentablemente, nunca más se ha recurrido a esta y, en cambio, el Tribunal Supremo ha promovido aquellos elementos del paradigma de propiedad que menos favorecen los intereses de las usuarias y de una democracia semiótica. Como diría el músico puertorriqueño Eduardo Alegría, hace tiempo “se les fue la mano”.¹⁷⁶ En momentos en que la tecnología digital permite fácilmente a toda persona interactuar con nuestro entorno cultural, estas son preguntas urgentes a menos que estemos conformes con un estado de situación en el que las autoras tienen la capacidad legal de detener buena parte de la dinámica expresiva contemporánea.

¹⁷⁵ *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49, 56 (1977).

¹⁷⁶ Eduardo Alegría, *Poneletreros*, en *Se nos fue la mano*, ALEGRÍA RAMPANTE, <https://alegriarampante.pr/post/138319325929/se-nos-fue-la-mano-streaming-desde-la-p%C3%A1gina-de> (última visita 24 de abril de 2021).

Por supuesto, siempre estamos a tiempo para corregir y reconstruir este sistema. Esta reconstrucción requiere, sin embargo, que definamos claramente el marco de lo posible. Por eso, es necesario adentrarnos a aspectos más técnicos relacionados con el espacio que realmente tenemos en Puerto Rico para legislar la materia. En las próximas dos partes, por tanto, se desarrollarán dos aspectos centrales de este espacio de acción.

Primero, en la Parte IV sentaremos las bases sobre el estado del derecho positivo de las autoras (tomando en cuenta el derecho de Puerto Rico y el federal). Es decir, debemos conocer mejor la protección que en efecto se ofrece a las autoras por ambos sistemas. Como se verá, el régimen federal ofrece amplias protecciones a las autoras que, aunque imperfectas, distan mucho de dejar a la clase creativa del país desprovista de remedios en ausencia del derecho local.

Segundo, también es importante comprender el marco constitucional que establece nuestros contornos de acción. Ello se explorará en la Parte V. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reiterado que el campo no está ocupado por la ley federal, precisamente por razón de la mentada dicotomía de esferas separadas. Asimismo, el Tribunal ha expresado que los derechos morales pudieran tener una relación con derechos de personalidad según reflejados en la protección a la dignidad humana sugiriendo que su protección tiene raíz constitucional. ¿Es posible constitucionalizar los derechos morales autorales en un espacio de acción que está limitado por el régimen de *copyright* federal? Estos temas deben abordarse antes de plantear lo que sería un nuevo escenario jurídico para la protección de autoras en Puerto Rico, consistente con un compromiso por atender la pluralidad de intereses sociales que debemos tomar en cuenta.

A fin de cuentas, se concluirá que cualquier interés constitucional de personalidad en los derechos morales autorales debe calibrarse ante el derecho a la libertad de expresión representado en los Paradigmas de Expresión y de Uso Personal y, además, que el sistema de derechos morales de autoras de Puerto Rico tiene problemas de campo ocupado más severos de los que el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoce. Ante ese escenario, nos quedamos con el sistema de protección bajo la ley federal en lo que, a mi juicio, sería un adelanto significativo (aunque imperfecto) en la promoción de un sistema de derechos autorales que promueva una pluralidad de intereses sociales expresivos importantes, más allá del mercado y del merecimiento de la propiedad.

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS AUTORAS EN EL DERECHO POSITIVO

Una de las consecuencias del derecho moral en Puerto Rico es que otorga gran control a las autoras sobre el uso de sus obras por otras personas. Particularmente en un entorno digital, esto resulta fundamentalmente problemático desde el punto de vista de la pluralidad de valores sociales descritos en la parte anterior. Vivimos en un mundo en que la reutilización de obras protegidas es parte esencial de prácticas discursivas contemporáneas (particularmente la manipulación de sus versiones digitales). Romper, transformar, experimentar y jugar con los elementos de la cultura es importante para una *cultura democrática*, es parte de una *democracia semiótica* en la que participamos vigorosamente en la

construcción del entorno cultural que nos sirve de contexto y que, a su vez, contribuye a forjar nuestras identidades.

Asimismo, las limitaciones de los derechos morales a una democracia semiótica no se limitan al mundo digital, aunque se magnifican en ese contexto. Pensemos, por ejemplo, lo que implicaría el llamado derecho a la *integridad* de una obra en el contexto del debate sobre mantener estatuas de líderes militares de los Estados Confederados. Algunas proponen conservar las estatuas pero modificarlas sustancialmente o re-contextualizarlas para mantener el “hecho de que la estatua existió mientras se articula claramente que hoy día hemos trascendido la ideología que representa”.¹⁷⁷ Un comediante propuso, en broma y en serio, montar a Frederick Douglass o a Shaquille O’Neill encima de cada estatua de Robert E. Lee, como llevándole a cuestas.¹⁷⁸ En Paraguay un artista recompuso una estatua del dictador Alfredo Stroessner, aplastándola entre dos bloques gigantes de cemento (ahora ubicada en la Plaza de los Desaparecidos).¹⁷⁹ El derecho a integridad de la obra, de ser aplicable en estos casos, muy posiblemente incidiría sobre esta forma de conversación sobre la poderosa herencia y presencia de la esclavitud en Estados Unidos.¹⁸⁰

En nuestro contexto viene a la mente la protesta que hizo la Federación Universitaria Pro Independencia temprano en los años noventa en medio de la celebración del quinto centenario de la llegada de los españoles a la isla, en la que la estatua de Juan Ponce de León en la Plaza de San José del Viejo San Juan fue alterada de modo que su mano, (originalmente apuntando al horizonte), fue adornada con una cabeza decapitada como agarrándola por los pelos.¹⁸¹

En fin, que en nuestro entorno político recurrimos con frecuencia a la apropiación de símbolos culturales para cuestionar, expresarnos y denunciar la injusticia. Aunque también se interviene con obras en el espacio público para añadir mensajes de odio, como cuando se alteró el mural del colectivo de mujeres Moriviví (sobre la violencia contra la mujer).¹⁸²

¹⁷⁷ Rebecca Onion, *Dismantled but Not Destroyed— One Alternative to Tearing Down Confederate Monuments: Creatively Repurposing Them*, SLATE (18 de agosto de 2017), http://www.slate.com/articles/news_and_politics/history/2017/08/one_alternative_to_tearing_down_confederate_monuments_creatively_repurposing.html (traducción suplida).

¹⁷⁸ The Daily Show with Trevor Noah, *Confederate Statues: Some See Culture, Some See Racism: The Daily Show*, YOUTUBE (30 de agosto de 2017), <https://youtu.be/rUZL4z5Drcw>.

¹⁷⁹ María Sanz, *Paraguay se debate entre la eliminación de símbolos y el homenaje al dictador*, AGENCIA EFE (6 de noviembre de 2016), <https://www.efe.com/efe/cono-sur/cronicas/paraguay-se-debate-entre-la-eliminacion-de-simbolos-y-el-homenaje-al-dictador/50000803-3089205>.

¹⁸⁰ De acuerdo al Southern Poverty Law Center, al menos treinta y siete monumentos fueron dedicados a la Confederación desde 1994, con posterioridad a la vigencia del Visual Artists Rights Act de 1990, el cual otorga derechos de integridad a estas obras. Southern Poverty law Center, *Whose Heritage: Public Symbols of the Confederacy* (1 de febrero de 2019), <https://www.splcenter.org/20190201/whose-heritage-public-symbols-confederacy#Download%20the%20data>.

¹⁸¹ *Somos boricuas milenarios... pa'l carajo el V centenario*, PODER ESTUDIANTIL 8 (septiembre/octubre 1993) 12 de octubre y 19 de noviembre; *Nada que celebrar!*, PODER ESTUDIANTIL 13 (octubre/noviembre 1995).

¹⁸² Jessica Ríos Viner, *Vandalizan mural creado en defensa de la mujer en Santurce*, EL NUEVO DÍA (27 de octubre de 2015), <https://www.elnuevodia.com/noticias/cazanoticias/nota/vandalizanmuralcreadoendensadela-mujer-rensanturce-2118025/>.

Lo anterior no quiere decir que no existan diferencias entre la manipulación de obras digitales o intangibles y la reutilización de obras visuales que existen en el espacio físico tangible, en ejemplares únicos o limitados (como estatuas, pinturas y serigrafías). Ciertamente las hay: modificar estas últimas puede presentar una amenaza a su existencia, pero modificar reproducciones digitales u otros intangibles no impactan de la misma forma la estabilidad de las obras según creadas por las artistas. Puesto de otro modo, intuitivamente sabemos que “mutilar” una escultura o una pintura en su lienzo es materialmente distinto a “mutilar” una *fotografía* de esa misma escultura o a “mutilar” una composición musical.

El punto es que, si bien el derecho moral —particularmente el derecho de integridad— impacta prácticas discursivas que son importantes para una democracia, eso no quiere decir que la ley debe ser insensible a los intereses de las autoras; particularmente cuando se trata de obras que operan claramente en la experiencia tangible. El hecho de que se cuestione la solidez de la mentada dicotomía moral/patrimonial, no quiere decir que los intereses de la autora deben desaparecer. Lo importante es que un sistema de derechos autorales sea capaz de conjugar los intereses morales de las autoras; la existencia de objetos culturales en un mercado de propiedad intelectual; los intereses de la sociedad en un entorno expresivo vigoroso y los intereses de las usuarias de obras que experimentan con los elementos de la cultura.¹⁸³ Veamos, pues, las formas en que el derecho positivo actual realiza estos balances.

Como se ha dicho, toda obra creada en Puerto Rico está protegida por dos regímenes jurídicos paralelos: el primero, bajo la ley federal de Copyright de 1976, 17 U.S.C. §§ 101 et seq, confiere a las autoras o titulares derechos exclusivos sobre ellas. El segundo régimen comprende el de derechos morales reconocidos en Puerto Rico desde 1974 primero jurisprudencialmente, luego mediante ley en 1988 y, más recientemente, mediante la Ley Núm. 55 de 2012. Una ley federal de 1990 también incluye una protección a los derechos morales a ciertas obras, como veremos.

A. Situación general bajo la ley federal

Todas las obras creadas a partir del 1 de enero de 1978 están cobijadas por la ley federal de Copyright de 1976.¹⁸⁴ Obras anteriores al 1978 están cubiertas por la *Ley de Copyright federal* de 1909. Bajo la Ley actual, y a partir de 1978, está protegida toda creación que cumpla con dos requisitos: (a) que sea una obra *original* y (b) que esté *fijada* en un medio tangible de expresión.¹⁸⁵ Estos requisitos de originalidad y fijación son relativamente fáciles de cumplir. Para que una obra sea *original* lo importante es que sea mínimamente creativa y sea producto de la persona autora (aunque algunas obras de poca creatividad, como frases cortas y figuras geométricas sencillas carecen de protección).¹⁸⁶ Asimismo, para que la obra

¹⁸³ Compárese con, por ejemplo, otras autoras que cuestionan la existencia misma de los derechos morales. Véase Amy Adler, *Against Moral Rights*, 97 CAL L. REV. 263, 272, 278-79, 281, 287, 290-95, 297-300 (2009).

¹⁸⁴ 17 U.S.C. § 301(a) (2018).

¹⁸⁵ 17 U.S.C. § 102 (2018) (“[c]opyright protection subsists . . . in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression.”).

¹⁸⁶ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

se considere *fijada* lo importante es que se adhiera por la autora a algún medio desde el cual pueda ser percibida por los sentidos, directa o indirectamente.¹⁸⁷

En términos generales esto quiere decir que todas las obras realizadas en Puerto Rico en este momento están protegidas por la ley federal, sin que sea necesario el cumplimiento de formalidades como, por ejemplo, registrarla en la Copyright Office o adherirle una notificación de copyright (©). En la actualidad, su protección es automática y confiere potentes derechos exclusivos a la autora desde que la obra es creada y fijada en un medio tangible de expresión hasta un término de setenta años después de su muerte.¹⁸⁸ Los derechos que tienen las autoras son vigorosos: son derechos exclusivos para reproducir sus obras, realizar obras derivadas (adaptaciones sobre las mismas), distribuirlas, presentarlas (*display*) y ejecutarlas (*perform*) públicamente.

Quisiera, no obstante, destacar dos excepciones a la regla de protección automática. Primero, aquellas obras creadas antes de 1978 debían cumplir con ciertas formalidades para ganar protección de *copyright*. Antes del 1978 regía la *Ley de Copyright federal* de 1909 y, conforme a esa ley, la publicación de una obra sin incluir la notificación o sin haberse registrado le lanzaba al dominio público automáticamente,¹⁸⁹ razón por la cual muchas obras de esa época están hoy en el dominio público. Segundo, algo similar ocurre con ciertas obras creadas entre 1978 y 1989. Bajo la Ley de 1976, obras creadas y publicadas entre 1 de enero de 1978 y el 1 de marzo de 1989 pueden perder su protección si no incluyeron en copias de la obra una notificación de copyright (©), el año de publicación y el nombre de su autora. Esta pérdida no es automática como lo era bajo la ley de 1909, pues una titular podía evitar que la obra entre al dominio público si: (1) la omisión es a un número relativamente limitado de copias o, de no tratarse de pocas copias, (2) registró la obra en la Oficina de Copyright dentro de cinco años de su publicación y hace esfuerzos razonables para corregir la omisión en las copias distribuidas en los Estados Unidos.¹⁹⁰ Fuera de estas excepciones importantes, las autoras en Puerto Rico gozan de amplias protecciones actualmente bajo la ley federal, sin necesidad alguna de protección local.

Salvo que una autora autorice cierto uso a otra persona, o salvo que aplique alguna de las excepciones estatutarias como *fair use*, cualquier persona que —sin autorización expresa o implícita— haga reproducciones, obras derivadas, distribuya o haga una presentación o ejecución pública de la obra, violenta sus derechos de *copyright* federal.¹⁹¹ La infracción de derechos, a su vez, puede acarrear el remedio de interdicto impidiendo la distribución de la obra y la imposición de daños económicos sustanciales. Una demandante exitosa puede recobrar daños sufridos por la infracción y las ganancias económicas de la parte demandada que sean atribuibles a la violación o, para el caso obras registradas

187 17 U.S.C. § 101 (2018).

188 17 U.S.C. § 302 (2018).

189 Véase Ley de Copyright de 1909 §§ 10, 21.

190 17 U.S.C. § 405(a)(1), (2), (3), (2018). Véase además, *Garnier v. Andin*, 36 F.3d 1214, 1218, 1220, 1224, 1227-28 (1st Cir. 1994). (Como excepción, la titular de la obra que omitió la notificación de copyright (en una obra publicada entre 1978 y 1989) no perderá sus derechos si, en un acuerdo expreso, esa titular obtuvo una promesa de que se incluiría la notificación por la persona a quien autoriza a distribuir las obras al público).

191 17 U.S.C. § 106, 501(a) (2018).

oportunamente, puede concederse daños entre \$750 y \$30,000, o hasta 150,000 en caso de violación intencional.¹⁹² Esto aplica a creaciones de todo tipo, incluyendo obras visuales, composiciones musicales, obras literarias, entre otras.

La doctrina de *fair use* prescribe una amplia gama de actividades que, aunque no estén autorizadas por su autora, permiten a cualquier persona reutilizar la obra. Los contornos de esta doctrina son demasiado complejos para describir en este escrito; su jurisprudencia es extensa y tiene una larga trayectoria histórica.¹⁹³ Además, se destaca que esta doctrina tiene un anclaje constitucional toda vez que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha dicho que es necesaria para salvaguardar principios de libertad de expresión bajo la Primera Enmienda, al preservar válvulas de escape para el discurso público.¹⁹⁴ Entre los factores que se toman en cuenta para determinar si un uso es autorizado como *fair use* se incluyen, por ejemplo, si el uso es comercial o no, si es educativo, si la obra tiene elementos fácticos o funcionales no protegidos, si la obra ha sido publicada antes, el impacto que tenga el uso no autorizado sobre el mercado potencial de la obra (es decir, si su uso menoscaba mercados sobre la obra), si se utiliza una fracción de la obra o si se utiliza en su totalidad, si la parte utilizada constituye el “corazón de la obra”, entre otros.¹⁹⁵

De estos factores, los más importantes suelen ser (1) si el uso de la obra es *transformativo* y (2) si el uso impacta el *mercado potencial* de las obras en cuestión. El concepto de transformatividad (*transformative*) en la jurisprudencia de *fair use* es polivalente. Por ejemplo, usos paródicos de una obra son considerados transformativos. Sin embargo, la tendencia en la jurisprudencia es a reconocer amplios espacios de *fair use* aun cuando se utilice la obra íntegramente (sin que se modifique la misma) bajo una teoría expansiva del concepto de transformatividad.¹⁹⁶ Según esta jurisprudencia, un uso puede ser transformativo si se usa una obra con un propósito distinto al del original.¹⁹⁷ Este es un concepto

192 17 U.S.C. § 412, 504 (2018).

193 WILLIAM PATRY, PATRY ON FAIR USE (2020).

194 Véase Neil Weinstock Netanel, *First Amendment Constraints on Copyright After Golan v. Holder*, 60 UCLA L. REV. 1082, 1085-89, 1099-1100, 1103-04, 1106, 1109, 1112-113 (2013); Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219-20 (2003); Golder v. Holder, 565 U.S. 302, 328-29 (2012) (estableciendo que Fair Use es necesario como una válvula de escape para que el sistema de copyright sea consistente con la primera enmienda).

195 17 U.S.C. § 107 (2018). Véase Google v. Oracle, No. 18-956 (April 5, 2021); Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S. 569, 577-79, 586-87, 590 (1994); Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 562, 600 (1985); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 448-51 (1984).

196 Véase Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202, 208, 214, 216-17, 221-22, 225, 229 (2nd. Cir. 2015) (reconociendo como transformativa la digitalización de millones de libros para colocar en base de datos que facilita búsqueda de texto en proyecto google book search, es transformativo); Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87, 95-96, 101-03, 105 (2nd Cir. 2014) (reconociendo como transformativa la digitalización de millones de libros para colocar en base de datos y facilitar búsqueda de texto en proyecto de bibliotecas); A.V. v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630, 641-42 (4th Cir. 2009) (deliberando sobre la digitalización de escritos académicos en su totalidad para utilizarlos en programa para detectar plagio, es transformativo); Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1165-69 (9th Cir. 2007) (explicando el uso de imágenes sin modificar, pero en versión reducida o *thumbnail*, como resultados en buscadores de internet, es transformativo); Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 609-15 (2nd Cir. 2006) (elaborando sobre el uso en versiones reducidas de afiches sobre eventos públicos en un libro sobre la historia de una banda de rock, es transformativo).

197 Véase Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S. 569, 579 (1994) (“[t]he central purpose of this investigation is to see . . . whether the new work merely ‘supersede[s] the objects’ of the original creation, . . . or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message”).

ampliamente debatido en los tribunales¹⁹⁸ y recientemente el Tribunal Supremo federal le imprimió un sentido amplio, al menos en el contexto de cierto tipo de programas de computadora.¹⁹⁹

A todo lo anterior se añade un nuevo mecanismo voluntario para instar reclamaciones administrativas por violación a derechos de *copyright* (evadiendo los altos costos de litigio judicial), fuera de los tribunales. El *Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act (CASE Act)*,²⁰⁰ fue aprobado como parte del paquete de medidas de rescate por COVID-19 en diciembre de 2020 y crea un *Copyright Claims Board* adscrito a la Biblioteca del Congreso autorizado a resolver reclamaciones relativamente pequeñas hasta un límite de \$30,000.²⁰¹ El *CASE Act* provee una alternativa más sencilla, económica y rápida para que las autoras y titulares puedan hacer valer sus derechos con mayor acceso a la justicia, así como para que personas que son potenciales demandadas soliciten una declaración de no infracción (el equivalente a sentencias declaratorias), entre otras reclamaciones.²⁰² Este nuevo sistema no se ha puesto a prueba aún y presenta varias dificultades potenciales que con el tiempo sabremos si se materializarán.²⁰³ Entre ellas está la preocupación de que la reducción en el costo de litigio aumente el riesgo de abuso por parte de personas jurídicas (entidades no naturales que hayan adquirido derechos de las autoras) en detrimento de usuarias legítimas no autorizadas.²⁰⁴ No obstante, la ley provee algunas salvaguardas diseñadas para minimizar estos riesgos.²⁰⁵

198 Véase, por ejemplo, *Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc.*, 883 F.3d 169, 174, 177-78, 180-81 (2nd Cir. 2018) (resolviendo que no es *fair use* un sistema que graba contenido de estación de cable para vender acceso a terceras personas (aunque dicho uso sí es transformativo)); *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. ComicMix LLC*, No. 19-55348, 2020 WL 7416324 at *5-7, *9, *11 (9th Cir. Dec. 18, 2020) (negando que cierto uso de una obra es transformativo).

199 *Google v. Oracle*, No. 18-956 (April 5, 2021).

200 17 U.S.C. § 1501. El *CASE Act* fue propuesto por el *Register of Copyright* en su estudio del 2013 sobre sistemas alternos de litigio de *copyright*. Véase UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT SMALL CLAIMS: A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS 1, 133-40, 151-52, 155-57, 160 (2013).

201 Consolidated Appropriations Act, 2021, H.R. 133, Division Q, Title II.

202 17 U.S.C. § 1504(c).

203 Para un resumen de los retos legales y prácticos del *CASE Act*, véase, Pamela Samuelson & Kathryn Hashimoto, *Scholarly Concerns About a Proposed Copyright Small Claims Tribunal*, 33 BERKELEY TECH. L. J. 689, 694-95, 697, 699-703, 707-08 (2018). Véase, además, Kerry Maeve Sheehan, *Copyright Law Has a Small Claims Problem. The CASE Act Won't Solve It*, AUTHORS ALLIANCE (4 de junio de 2019), <https://www.authorsalliance.org/2019/06/04/copyright-law-has-a-small-claims-problem-the-case-act-wont-solve-it>; Mitch Stoltz & Corynne McSherry, *Congress Shouldn't Turn the Copyright Office Into A Copyright Court*, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (29 de noviembre de 2017), <https://www.eff.org/deeplinks/2017/11/creating-copyright-court-copyright-office-wrong-move>.

204 Samuelson & Hashimoto, *supra* nota 203, en la pág. 703 (“[t]he most sympathetic potential claimant is the individual, independent author who is struggling to make a living. Of course, companies, whether big, medium, or small in size, might also want to use the small claims process to lower their costs of adjudicating copyright claims. Some workshop participants recognized that many companies can afford federal court litigation and noted that corporate plaintiffs are not a good fit within the distributive objectives of a Tribunal. Assignees of copyrights, whether individual or corporate, may abuse the Tribunal procedure by buying up small claims and seeking excessive damages before Tribunal panels.”).

205 Así, por ejemplo, se establece que al menos dos de los *Copyright Claim Officers* del nuevo *Copyright Claims Board* deben tener una perspectiva balanceada, en el agregado, de modo que “between those 2 Officers, have represented or presided over a diversity of copyright interests, including those of both owners and users of copyrighted works”. 17 U.S.C. § 1502(b)(3)(ii)(II). Además, aunque cada parte debe costear sus gastos legales, se provee

En fin —sin necesidad de la ley de Puerto Rico de derechos morales— el régimen de protección concebido como patrimonial contiene un amplio espectro de derechos a favor de las autoras y titulares de obras, y a su vez concede varias válvulas de escape a la rigidez del derecho de propiedad a favor de la comunidad de usuarias. Ciertamente, como he reiterado en otras publicaciones,²⁰⁶ buena parte de la protección a las autoras en el régimen federal es—a mi juicio—excesiva y debemos fortalecer las limitaciones y excepciones a estos derechos (por ejemplo, la doctrina de *fair use* tiene problemas sustanciales por lo que tampoco es panacea); pero el hecho es que las autoras en Puerto Rico gozan, por virtud de este sistema, de un haz de derechos muy completo.

Además de la protección federal catalogada como patrimonial, a partir de 1990 el derecho federal incluye una protección a los derechos morales de las autoras de las llamadas “obras de arte visual”. La ley conocida como *Visual Artists Rights Act* (en adelante, “VARA”), confiere a “obras de arte visual” los siguientes derechos morales: (1) el derecho de *reconocimiento o atribución*, lo cual incluye que la artista pueda reclamar la autoría sobre sus obras, rechazar la autoría sobre una obra que no haya creado, o evitar que su nombre sea utilizado en conexión con una obra suya que haya sido mutilada o distorsionada de forma tal que afecte su honor o reputación y (2) el derecho a mantener la *integridad* de la obra lo cual incluye que la artista pueda evitar la distorsión mutilación u otra modificación de la obra que afecte su honor o reputación. Además, para el caso de obras altamente reconocidas (*works of recognized stature*) puede evitarse la *destrucción* de la obra aunque no se le distorsione.²⁰⁷ Esta protección tiene una duración de la vida de la autora y, aunque estos derechos no se pueden transferir, sí pueden renunciarse por escrito.²⁰⁸

Nótese que estos derechos se limitan a las llamadas “obras de arte visual” o *works of visual art*, que están definidas en la ley e incluyen esencialmente pinturas, dibujos, impresos, esculturas y “fotografías producidas para fines de exhibición solamente”, cuando estas obras existan en ejemplares únicos o en ediciones limitadas de 200 ejemplares o menos, firmadas y enumeradas consecutivamente. Es decir, que los derechos morales bajo la ley federal VARA sólo aplican a estas “obras de arte visual” como tal y no a una reproducción de ellas en otros medios (como libros, posters, revistas u otras publicaciones) descritos en la

para el pago de honorarios de abogados en caso de que uan parte haya actuado “for a harassing or other improper purpose, or without a reasonable basis in law or fact”. 17 U.S.C. § 1506(y)(2). Crucialmente, también permite al *Register of Copyright* a limitar mediante reglamento la cantidad de reclamaciones que la misma persona o entidad puede presentar cada año. 17 U.S.C. § 1504(g).

206 Hiram A. Meléndez Juarbe, *Mercados, Propiedad, Expresión y Uso Personal: el sistema de derechos de autor*, 1 DER. CRÍT. SOC., 114-15, 119, 122-23, 129 (2015); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación*, en HACIA UNA INTERNET LIBRE DE CENSURA: PROPUESTAS PARA AMÉRICA LATINA (2012) (Eduardo Bertoni eds., 2012); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Creative Copyright for Creative Business*, 1 UPR BUS. L. J. 137, 138, 140 (2010); Hiram A. Meléndez Juarbe, *DRM Interoperability*, 15 B.U. J. SCI. TECH. L. 181, 182-83, 202, 219 (2009); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Creative commons en Puerto Rico y la Agenda de Contenido Libre*, 69 REV. COL. ABOGADOS PR 151, 154 (2008).

207 17 U.S.C. § 106A (2018). Según interpretado por el tribunal federal para el Primer Circuito, el estatuto provee remedios interdictales generalmente, y remedios en daños solo para el caso de violaciones al derecho de integridad por mutilación y para el caso de la destrucción intencional de obras altamente reconocidas. Véase *Massachusetts Museum of Contemp. Art Found., Inc. v. Buchel*, 593 F.3d 38, 56 (1st Cir. 2010) (“Congress did not intend a damages remedy to arise automatically from the right to prevent conduct”).

208 17 U.S.C. § 106A(d), (e) (2018).

ley.²⁰⁹ Por eso, no habría una violación a los derechos morales bajo VARA (los de atribución e integridad) cuando hay una modificación de una *reimpresión* de una obra, aun cuando la versión *original* del ejemplar único de la obra (o en ediciones enumeradas de 200 ejemplares o menos) esté cubierta por VARA. Aún así, esto no cancela la protección patrimonial. Una reproducción de una obra de arte visual (digamos, una reimpresión de un cartel o una pintura) está sujeta a los derechos de índole patrimonial de la *Ley de Copyright federal de 1978*, incluyendo los derechos de las artistas para reproducir, realizar adaptaciones, presentaciones públicas y distribuciones de sus obras. Finalmente, se destaca que el alcance de los derechos morales bajo VARA están sujetos a la doctrina de *fair use*, así como lo están los derechos patrimoniales,²¹⁰ y la ley incluye algunas excepciones importantes, incluyendo modificaciones a la obra por el paso del tiempo o como resultado de su conservación, ubicación o iluminación.²¹¹ Además, incluye una disposición para atender la remoción de obras dentro de edificios cuando esa remoción puede afectar la integridad de la obra, intentando balancear los intereses de la artista con los de la dueña de la propiedad.²¹²

Reiterando: ausente legislación en Puerto Rico, las autoras en este país tienen amplias protecciones a todas sus obras, incluyendo protección al derecho de integridad y atribución para obras de arte visual. Tómese como ejemplo una reciente decisión del Tribunal de Circuito Federal para el Segundo Circuito.²¹³ En *Castillo v. G&M Realty*, el dueño de unos edificios abandonados en Queens, New York, había autorizado a un grupo de artistas de grafiti en los años noventa a realizar sus obras y a realizar curaduría de grafitis de otras artistas. El proyecto, conocido como *5Pointz*, y las obras alcanzaron renombre internacional. Cuando el dueño de la estructura comenzó gestiones para demolerla y hacer un condominio de vivienda, pintó encima de los murales sin el consentimiento de las artistas.²¹⁴ Como resultado, el Tribunal Federal concedió un total de \$6,750,000 en daños por la destrucción de obras de arte visual altamente reconocidas.

Vale señalar que estos remedios en la ley VARA difícilmente cobijan a murales pintados en propiedad privada sin la autorización de la titular de la propiedad.²¹⁵ Puerto Rico

209 17 U.S.C. § 106A(c)(3) (2018).

210 17 U.S.C. § 107 (2018).

211 17 U.S.C. § 106A(c) (2018). Véase *David Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc.*, 459 F.3d 128, 132-33, 137-38, 141 (1st Cir. 2006).

212 17 U.S.C. § 113(d) (2018).

213 *Castillo v. G&M Realty L.P.*, 950 F.3d 155, 162-64, 166-69, 171, 173 (2d Cir. 2020).

214 Para una comparación del proyecto *5 Pointz*, antes y después de la alteración, véase Cara Buckley & Marc Santora, *Night Falls, and 5Pointz, a Graffiti Mecca, Is Whited Out in Queens*, THE NEW YORK TIMES (19 de noviembre de 2013), <https://www.nytimes.com/2013/11/20/nyregion/5pointz-a-graffiti-mecca-in-queens-is-wiped-clean-overnight.html>. Compárese, además, Eileen Kinsella, *Decrying Real Estate Developer's 'Insolence', Judge Awards Street Artists \$6.7 Million in Landmark 5Pointz Case*, ARTNET NEWS (12 de febrero de 2018), <https://news.artnet.com/art-world/judge-awards-6-million-5pointz-lawsuit-1222394>, con Amanda Holpuch, *Graffiti Mecca 5Pointz Painted White as Demolition Day Nears*, THE GUARDIAN (19 de noviembre de 2013), <https://www.theguardian.com/artanddesign/2013/nov/19/5-pointz-graffiti-mecca-new-york-painted-white>; y *Artworks Disappear Overnight As 5 Pointz Graffiti Haven Is Painted White*, HUFFPOST, (19 de noviembre de 2013), https://www.huffpost.com/entry/5-pointz-painted-white_n_4302300.

215 Ausente una declaración estatutaria definitiva es razonable concluir que VARA no reconoce derechos morales a obras realizadas en propiedad privada sin autorización (si estas obras no se pueden remover). Ello, tomando en cuenta el impacto que esta conclusión tendría sobre el sacrosanto derecho de propiedad privada en el anda-

tiene legislación de preservación de estructuras y objetos que constituyan patrimonio histórico y cultural, que puede ayudar a preservar obras de arte público.²¹⁶

B. ¿Qué añade la ley de Puerto Rico?

En Puerto Rico existe un régimen de protección independiente de la legislación federal. Como se ha discutido, este sistema parte de la premisa de que “[l]a obra de un artista es

miaje jurídico-político en esta jurisdicción. En un sentido similar, el Tribunal de Circuito Federal para el Primer Circuito resolvió en *Phillips v. Pembroke* que VARA no aplica a “site-specific art” en parte por el impacto que ello tendría sobre la propiedad privada y la expectativa de que tal impacto (de haber sido deseado por el Congreso) debería constar expresamente en la legislación. *David Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc.*, 459 F.3d 128, 141-43 (1st Cir. 2006) (tomando en cuenta la opinión del Massachusetts *Supreme Judicial Court* a los efectos de que una conclusión contraria “would entail a radical consequence for owners of land”, y tomando en cuenta que “[t]he Supreme Court has also emphasized the principle that ‘statutes which invade the common law are to be read with a presumption favoring the retention of long-established and familiar principles, except when a statutory purpose to the contrary is evident.’”). La jurisprudencia específica sobre el asunto envía mensajes mixtos. Sobre la aplicabilidad de VARA a obras no autorizadas en propiedad privada, véase *English v. BFC&R E. 11th St. LLC*, No. 97 CIV. 7446 (HB), 1997 WL 746444, at *4 (S.D.N.Y. Dec. 3, 1997), *aff’d sub nom. English v. BFC Partners*, 198 F.3d 233 (2d Cir. 1999) (“VARA is inapplicable to artwork that is illegally placed on the property of others, without their consent, when such artwork cannot be removed from the site in question”); *Pollara v. Seymour*, 150 F. Supp. 2d 393, 396 n.4 (N.D.N.Y. 2001) (“*English* is limited to the situation where the artwork cannot be removed without destroying it. There is little, if any, dispute that it was possible to remove Pollara’s painting from its frame without damaging it. Moreover, there is no basis in the statute to find a general right to destroy works of art that are on property without the permission of the owner.”) Véase, además, Susanna Frederick Fischer, *Who’s the Vandal? The Recent Controversy over the Destruction of 5pointz and How Much Protection Does Moral Rights Law Give to Authorized Aerosol Art?*, 14 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 326, 341 (2015).

²¹⁶ La preservación del patrimonio cultural en Puerto Rico se tiende por diversas instituciones. Véase, por ejemplo, Constitución de Puerto Rico, CONST. PR Art. VI § 19 (será “política pública del Estado Libre Asociado . . . la conservación y mantenimiento de los edificios y lugares que sean declarados de valor histórico o artístico por la Asamblea Legislativa”); Ley del Instituto de Cultura Puertorriqueña, Ley Núm. 89 de 21 de junio de 1955, 18 LPRR § 1198 (2019); Ley Orgánica de la Oficina Estatal de Conservación Histórica de Puerto Rico, Ley Núm. 183 de 2000, 3 LPRR § 1112 (2019); Junta de Planificación, Reglamento Conjunto 2020 Núm. 9233 R. 10.1.1.1 (2 de diciembre de 2020), <http://jp.pr.gov/Portals/0/Reglamentos%20Planificacion/Reglamento%20Conjunto%202020/Reglamento%20Conjunto%202020%20-Vigencia%202020Enero%202021.pdf?ver=2020-12-02-193719-917>; Ley Núm. 112 de 20 de Julio de 1988, 18 LPRR § 1552, (creando el *Consejo para la protección del patrimonio arqueológico terrestre de Puerto Rico*); ley Núm. 10 de 7 de agosto de 1987, 18 LPRR § 1506 (creando el *Consejo para la conservación y estudio de sitios y recursos arqueológicos subacuáticos*); Ley Núm. 5 del 8 de diciembre de 1955, 3 LPRR § 1005, de Administración de Documentos Público; Ley Número 188 del 17 de agosto de 2003, 18 LPRR § 1204b (estableciendo la Biblioteca Nacional de Puerto Rico); Ley de arte público del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 216 de 30 de agosto de 2012, 2012 LPR 216; Artículo 198 del Código Penal (estableciendo delito contra “toda persona que destruya, inutilice, altere, desaparezca o cause deterioro a un bien mueble o un bien inmueble ajeno, total o parcialmente” (COD. PEN. PR art. 198, 33 LPRR § 5268 (2010 & Supl. 2020)), e incluyendo un agravante en el artículo 199(c) cuando el “daño se causa en bienes de interés histórico, artístico o cultural” (COD. PEN. PR art. 199(c), 33 LPRR § 5269c (2010 & Supl. 2020)). Las leyes de preservación cultural están expresamente excluidas de la disposición de campo ocupado de la Ley de Copyright 1976 con respecto a obras arquitectónicas y, fuera de ese contexto, deben superar los retos de campo ocupado en términos generales (véase *infra* texto que acompaña notas 427-428). La Ley de Copyrights establece que: “Nothing in this title annuls or limits any rights or remedies under the common law or statutes of any State with respect to . . . State and local landmarks, historic preservation, zoning, or building codes, relating to architectural works protected under section 102(a)(8).” (Copyright Law of the United States, 17 USC § 301b(4) (2018)).

de hecho una prolongación de su personalidad”.²¹⁷ Es decir, la protección de la obra es una forma de proteger la personalidad de la autora misma.

La llamada *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*, en su artículo 2(b), incluye los derechos:

- (1) de atribución – Al reconocimiento de su condición de autor, cuando lo sea, así como evitar que se le atribuyan obras de las que no sea autor. Incluye el derecho a determinar si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- (2) de retracto –Renunciar a la autoría cuando ya la obra no coincida con sus convicciones intelectuales o morales.
- (3) de integridad –
 1. impedir la mutilación, deformación, o alteración de la misma, de modo que resulte en menoscabo de sus legítimos intereses o su reputación;
 2. impedir la presentación pública o distribución de una obra mutilada, deformada, o alterada, de modo que resulte en menoscabo de sus legítimos intereses o su reputación; e
 3. impedir la destrucción culposa o negligente de un original o de un ejemplar único de la obra.
- (4) de acceso - exigir el acceso razonable a la obra original o al ejemplar único, cuando se halle en poder de otro, a fin de poder ejercer cualquiera de sus derechos de autor. Este derecho no conlleva el desplazamiento de la obra y el acceso será de la manera tal que cause menos incomodidad al poseedor, al que se le indemnizará en su caso por los gastos ocasionados en el ejercicio de este derecho.²¹⁸

Nótese que, para todos los efectos, los derechos morales bajo la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* se reducen a dos: atribución e integridad.²¹⁹ Ello, porque el llamado derecho de retracto es una modalidad del derecho a controlar la atribución²²⁰ y el derecho de acceso es un derecho accesorio a los derechos de integridad y atribución, con el fin de hacerlos efectivos.²²¹ Las autoras ostentan estos derechos desde que la obra es creada

217 Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda, 106 DPR 49, 55 (1977).

218 Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRA § 1401j (b) (2019 & Supl. 2020).

219 Con respecto al derecho de atribución, debe notarse que en la Ley 214 de 29 de agosto de 2000, 31 LPRA § 1401i, “[s]e dispone que en toda producción, grabación, espectáculo, evento musical-artístico, o de otra índole, se especifique y mencione, además del nombre completo del artista o exponente, el nombre completo del compositor de la obra musical o canción correspondiente.” El análisis en este trabajo sobre el derecho de atribución en la Ley de Derechos Morales es extensivo a esta Ley 214 del 2000, toda vez que esta última refleja una aplicación particular del derecho más general en la Ley de Derechos Morales.

220 Contrario a lo que sería el derecho de retracto en otros sistemas de derechos morales, en los que el derecho implica la facultad de retirar la obra de circulación (no la atribución de autoría). Además, “[t]he objective of the right is to remove a work from circulation.” SUNDARA RAJAN, *supra* nota 71 en la pág. 66. Véase ELIZABETH ADENEY, *THE MORAL RIGHTS OF AUTHORS AND PERFORMERS: AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE ANALYSIS* 46-48 (2006).

221 Véase SUNDARA RAJAN, *supra* nota 71 en la pág. 35 n. 10 (explicando que “the main purpose of the right [of access] is usually considered to be the maintenance of the author’s right to make reproductions, and that it can also serve the purpose of allowing the author access to the work in order to gather evidence for use in disputes. In the German law of 1965, the right was not classified as either moral or economic, but belonged to a special category of other rights of the author”).

y fijada en un medio tangible de expresión, y —bajo la ley de Puerto Rico— tienen una duración de toda la vida de la autora, más setenta años luego de su muerte (similar a la ley federal de índole patrimonial, pero contrario a VARA en la que expiran con la muerte de la autora para obras creadas con posterioridad a la fecha de vigencia de esa ley).²²² A diferencia de los derechos de *copyright* bajo la ley federal, y similar a VARA, los derechos morales no se pueden transferir a terceras personas, y solamente el derecho de integridad se puede renunciar siempre que sea por escrito.²²³ En cuanto a los derechos morales que confiere la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*, en términos generales, son parecidos a VARA en cuanto al derecho de atribución, aunque con respecto al derecho de integridad hay ciertas diferencias como, por ejemplo, que la prohibición a la destrucción (no la mutilación o alteración) de obras no está limitada a obras altamente reconocidas, pero sí se limita a la destrucción de “un original o de un ejemplar único de la obra”.²²⁴ Es decir, que la prohibición de la mutilación, deformación, o alteración de una obra no está limitada (como en VARA) al original o ejemplar único de una obra, sino que incluye mutilaciones o adaptaciones de sus reproducciones (como modificar copias digitales de obras en revistas, libros, películas, videos, etc).

La *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* no define claramente en qué consiste una “mutilación, deformación, o alteración” de la obra ni tampoco define qué tipo de alteración “result[a] en menoscabo de [los] legítimos intereses [de la autora] o su reputación”.²²⁵ Para ello habrá que recurrir al tratamiento del Tribunal Supremo de Puerto Rico en diversos contextos, lo cual refleja una visión expansiva de lo que constituye una mutilación. Vale la pena reiterar que en *Cotto Morales v. Ríos* el Tribunal entendió que hubo una mutilación en una reproducción de un cartel sobre las Fiestas de la Calle San Sebastián reimpresso en un catálogo cuando se cortó a ella al “margen izquierdo, eliminándose una franja vertical de aproximadamente tres octavos de pulgada (3/8”) de área impresa. Al eliminarse esta franja se le cortó a la paloma de la rúbrica la mitad del cuerpo dejando solamente la cola y una pequeña parte del tronco y de un ala”.²²⁶ Asimismo, en *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, el Tribunal expresó que el derecho de “integridad incluye el derecho a impedir que la obra sea alterada, deformada, truncada o expuesta en un contexto objetable”.²²⁷ En ese caso, ello incluyó usar una fracción de una obra audiovisual en una película de largometraje. En *Ossorio Ruiz v. Srio. de Vivienda*, el Tribunal reconoció que constituiría una violación al derecho de integridad el que se retoque un mural de un artista (pintado en propiedad del Estado) sin el consentimiento del pintor.²²⁸

222 31 LPRÁ § 1401m. Véase, 17 USC § 106A(d) (estableciendo que la duración de la protección bajo VARA se extingue con la muerte de la autora para obras creadas luego de la vigencia de esa ley —el 1 de junio de 1991—, pero para aquellas obras creadas anterior a esta fecha y cuya titularidad permanezca en manos de la autora, la duración de los derechos de VARA tendría la misma extensión que los derechos patrimoniales).

223 31 LPRÁ § 1401q.

224 31 LPRÁ § 1401j (b).

225 *Id.*

226 *Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604, 624 (1996).

227 *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495, 502 (1984).

228 *Ossorio Ruiz v. Srio. de la Vivienda*, 106 DPR 49, 57 (1977).

Estos derechos coexisten, al momento, con las protecciones federales antes mencionadas, de modo que pueden presentarse reclamaciones bajo la ley de Puerto Rico en los tribunales locales (ya que los tribunales de Puerto Rico no tienen jurisdicción para considerar una reclamación bajo la ley federal), o como una causa de acción unida a una reclamación federal en el tribunal federal bajo la doctrina de *supplemental jurisdiction*.²²⁹

Para entender el verdadero alcance de la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* es necesario considerar su definición de obra. La *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*, a diferencia de VARA, define obra de manera muy amplia para incluir toda “creación original literaria, musical, visual (plástica o gráfica), dramática o de las artes interpretativas, artística, o de cualquier otro tipo de las que se producen con la inteligencia y que sea creativa, expresada en un medio, tangible actualmente conocido o que se invente en el futuro”.²³⁰ Esto incluye obras visuales, musicales y literarias de cualquier tipo, y programas de computadora. Asimismo, desde 1974 el Tribunal Supremo ha atendido casos de derechos morales para todo tipo de obras: libros, obras audiovisuales, obras visuales como murales y pinturas, y reproducciones de serigrafías y fotografías.²³¹ Para entender las implicaciones de esto último, recalco lo siguiente: la ley federal de 1976 (en su dimensión patrimonial) cubre casi todo tipo de obras imaginables, y la ley de derechos morales federal de 1990 (VARA) cubre un subconjunto limitado de obras (“obras de arte visual” en cantidades reducidas).²³² Al mismo tiempo, la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* arropa todo el espacio de gestión creativa cubierto por estas dos leyes federales, al ofrecer remedios adicionales por la falta de atribución o por la “mutilación, deformación, o alteración” de cualquier tipo de obra.²³³ Ello, a pesar de que en el régimen federal existen amplios espacios legítimos para la reutilización de obras sin permiso (como *fair use* y otros), que contribuyen a una cultura democrática.²³⁴

El artículo diez de la ley de Puerto Rico incluye una disposición que intenta reproducir el *fair use* federal, permitiendo usos no autorizados “para propósitos de crítica, parodia o comentario, noticiosos, educativos o investigativos” lo cual representa un modesto esfuerzo por proveer espacios para cultivar flexibilidad creativa en la población.²³⁵ Esta disposición no ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, pero no hay razón para pensar que imprimiría a esta excepción una lectura liberal (a juzgar por la forma en que ha articulado la protección a las autoras, como una absoluta, y por la forma expansiva en que se considera el concepto de mutilación).²³⁶ Considérese, además, que la *Ley de de-*

229 Civil Justice Reform Act of 1990, 28 U.S.C. § 1367 (2018).

230 Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRÁ §1401j (d) (2019 & Supl. 2020).

231 Véase *Muñoz v. Acevedo*, 196 DPR 884 (2016); *Negrón Miró v. Vera Monroig*, 182 DPR 218 (2011); *Harguindey Ferrer v. UI*, 148 DPR 13 (1999); *Sucn. Rosado Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604 (1996); *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984); *Osorio Ruiz v. Srio. de Vivienda*, 106 DPR 49 (1977); *Reynal v. Tribunal Superior*, 102 DPR 260 (1974).

232 Véase *Visual Artists Rights Act* 17 U.S.C. § 101 (2018).

233 31 LPRÁ §§1401j, 1401s. Véase *Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § (2018); *Visual Artists Rights Act* 17 U.S.C. § (2018).

234 Sobre los espacios de flexibilidad en el derecho federal, véase texto que acompaña *supra* notas 83-91; 194-200.

235 31 LPRÁ §1401r.

236 *Sucn. Rosado Cotto Morales*, 140 DPR en la pág. 624.

rechos morales de autor de Puerto Rico adopta tres de los cuatro factores federales de *fair use*, eliminando el criterio de análisis que exige mirar al impacto que el uso no autorizado tendría sobre el mercado potencial de la obra.²³⁷ En términos prácticos esto quiere decir que, si bien en el sistema federal un uso que no tenga un impacto sobre la explotación comercial de una obra es más probablemente que sea *fair use*, en nuestro sistema sería irrelevante el hecho de que no tiene un impacto comercial. Por ello, nada exige que los tribunales de Puerto Rico provean el mismo nivel de protección a las usuarias y a la comunidad que el *fair use*. Aun si lo hiciera, como se expresó anteriormente, *fair use* no es la única fuente de libertades garantizadas para las usuarias en la ley federal.²³⁸

A lo anterior se le suma el espectro de remedios, adicionales a los de la ley federal, que provee la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*. Ello incluye el remedio de interdicto y la concesión de daños económicos. Estos daños pueden consistir en una compensación por los daños realmente sufridos por la autora, debido al menoscabo a la reputación u honra que una violación de derechos morales implicaría (los cuales habrá que probar). No obstante, la ley incluye (similar a la ley federal) unas partidas por daños “estatutarios” (es decir, por los cuales no hay que probar el sufrimiento de daños), para el caso de una “obra registrada, y que la violación al derecho moral esté dirigida principalmente a generar un beneficio mercantil o económico”.²³⁹ Estos daños estatutarios se pueden conceder por una cuantía desde \$750 hasta \$20,000.²⁴⁰ La ley es confusa en cuanto a si las partidas de daños

²³⁷ Compárese las disposiciones:

La *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* (31 LPRÁ §1401r) establece:

Artículo 10. – Excepción a la protección

El autor o el derechohabiente no podrá invocar derechos morales cuando la obra sea utilizada legítimamente para propósitos de crítica, parodia o comentario, noticiosos, educativos o investigativos. Para determinar si el uso está cobijado por esta excepción se tomarán en cuenta la totalidad de las circunstancias, incluyendo, pero sin limitarse a:

- a) el propósito del uso;
- b) la naturaleza de la obra; y
- c) el tamaño y la sustancia de la porción utilizada en relación a la obra como un todo.

Mientras que, el Copyright Act of 1976 (17 U.S.C. §107 (2018)) indica:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

²³⁸ Véase texto que acompaña *supra* notas 83-91.

²³⁹ 31 LPRÁ §1401s.

²⁴⁰ *Id.*

estatutarios se proveen por cada obra (como es el caso de los daños estatutarios bajo la ley federal) o, en cambio, si provee para partidas separadas de daños estatutarios por cada violación. Esta confusión se debe a que, por un lado, el artículo 11 dice que los daños estatutarios podrán fijarse “*por violación por obra registrada, a discreción del tribunal*”, pero acto seguido establece que “[l]a compensación será *a base del número de obras registradas, independiente del número de copias que se hagan de la obra en cuestión en un momento dado*”.²⁴¹ Una adjudicación de daños estatutarios de hasta \$20,000 por *violación* (no por obra) incluiría un factor multiplicador extraordinario, para el caso de obras utilizadas sin autorización en internet (que se reproducen y distribuyen masivamente), y probablemente enfrentaría problemas constitucionales de debido proceso de ley por inconstitucionalmente excesiva.²⁴²

El golpe de gracia es la disposición que regula a quién le corresponde pagar las costas y honorarios de abogadas. El artículo once establece que: “Si el caso se resuelve a favor del autor de una obra registrada o su derechohabiente, el tribunal siempre fijará la cuantía de las costas, honorarios y gastos del pleito a favor de éste”.²⁴³ Es decir, contrario a lo dispuesto para la litigación civil en general sobre la imposición de honorarios de abogadas para los casos en que la parte no prevaleciente haya actuado con temeridad o frivolidad,²⁴⁴ la autora demandante siempre podrá pagar a sus abogadas independientemente del juicio de razonabilidad *bona fide* de una usuaria demandada. Es decir, si bien una demandada puede aspirar a recobrar honorarios de abogadas solo cuando la autora demandante haya actuado con temeridad y frivolidad (por ejemplo, cuando se demanda por una obra que no es de su autoría, o el uso era claramente *fair use* bajo nuestra ley—si es que esto se puede determinar fácilmente), la demandante que prevalezca *siempre* podrá recobrar los gastos en abogadas aun cuando la usuaria demandada haya tenido un argumento razonable de uso privilegiado. En el balance, el efecto es desincentivar el uso legítimo no autorizado. Ciertamente, la estrategia legislativa de garantizar honorarios de abogadas automáticamente a la parte prevaleciente no es novel, y ha sido adoptada en legislación diversa de propiedad intelectual en Puerto Rico.²⁴⁵ Pero la falta de simetría en cuanto a quién merece honorarios de abogadas es preocupante en este contexto. Ello, en esencia, porque la concesión automática de honorarios a favor de la autora sobreestima el valor social de sus intereses como demandante, y subvalora el interés social en que la usuaria demandada realice usos no autorizados de obras protegidas.

²⁴¹ *Id.*

²⁴² Véase *Sony BMG Music v. Tenenbaum*, 721 F. Supp. 2d 85, (D. Mass., 2010), revertido por *Sony BMG Music v. Tenenbaum*, 660 F.3d 487 (1st Cir. 2011); certiorari denegado en 132 S. Ct. 2431, 182 L. Ed. 2d 1075 (U.S. 2012).

²⁴³ 31 LPRÁ §1401s.

²⁴⁴ R.P. Civ. 44.1, 32 LPRÁ Ap. V (2010).

²⁴⁵ En este escrito no expreso opinión sobre la deseabilidad de este mecanismo en estos otros contextos. Para ejemplos de leyes que garantizan los honorarios de abogadas, véase Ley de condominios de Puerto Rico, Ley Núm. 129-2020, 31 LPRÁ § 1922g (2015 & Supl. 2020); Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRÁ § 3153 (2017); Ley orgánica de la administración para el sustento de menores, Ley Núm. 5 de 30 de diciembre de 1986, 8 LPRÁ § 521 (2014); Ley antimonopolística de Puerto Rico, Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964, 10 LPRÁ § 268 (2013); Ley de marcas de Puerto Rico, Ley Núm. 169-2009, 10 LPRÁ § 223w (2013); CÓD. SEG. PR, 26 LPRÁ § 2716e (2014 & Supl. 2020); COD. ENJ. Civ. PR art. 2, 32 LPRÁ § 3115 (2017) (contexto laboral).

En un ambiente de incertidumbre sobre lo que constituye uso justo, o sobre qué usos pueden afectar los ‘legítimos intereses’ de la autora, el sistema de daños carga los dados de forma desbalanceada hacia las autoras, creando un potencial de responsabilidad económica que afecta el análisis de riesgo *ex ante* de una posible usuaria y, al final de cuentas, le induce hacia un comportamiento más conservador de lo requerido legalmente. Así, se ha dicho que la incertidumbre en el derecho tiene un efecto inhibitorio sobre el comportamiento de modo que “[u]ncertainty often allows an actor to reduce the probability of punishment even further by ‘playing it safe’ and modifying his behavior by more than the law requires”.²⁴⁶

Lo anterior es particularmente cierto cuando consideramos que hay usos que, *prima facie*, pueden lucir como razonablemente legítimos para una usuaria y que, eventualmente, pueden no serlo. Tomemos como ejemplo el caso del *fair use* bajo el derecho federal y su contraparte en la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*. Porque esa doctrina es muy contextual, es difícil predecir si cierto uso anticipado será legítimo o no. Para una usuaria de una obra que contempla la posibilidad de cierto uso, el riesgo con su conducta futura no radica solamente en una potencial sentencia adversa, sino en la mera posibilidad de un litigio, lo cual ha de evitar por prudencia. Por esto, para Lawrence Lessig, la ambigüedad en *fair use* en efecto le convierte en un derecho a “contratar una abogada”.²⁴⁷ La posibilidad de un litigio aumenta *ex ante* los riesgos económicos de realizar el uso legítimo. El análisis de riesgo se complica al considerar otros factores, como: (a) incertidumbre sobre lo que constituye una mutilación, particularmente ante una actitud protectora de derechos autorales manifestada por el Tribunal Supremo, (b) el riesgo de altas partidas de daños y (c) el hecho de que, en la eventualidad de prevalecer una demandante, también habrá que pagarle la representación legal. Así, por ejemplo, el uso de obras visuales en un libro académico divulgado sin fines de lucro puede constituir *fair use* en muchos casos, pero a la vez una posible mutilación bajo la ley local.²⁴⁸ En la decisión sobre su publicación, la usuaria considerará no sólo la probabilidad de éxito en un área plagada de incertidumbre, sino el costo potencial de una determinación errónea (incluyendo la certeza de honorarios de abogadas, en caso de no prevalecer). En este escenario, cualquier análisis de costo-beneficio apuntaría a no utilizar las obras en cuestión, aun cuando existan argumentos legítimos para ello.²⁴⁹

Ciertamente, es posible que el análisis de costo beneficio sobre el uso no autorizado de obras (así como el análisis sobre si presentar una reclamación) se vea alterado hoy día con el nuevo procedimiento administrativo de reclamaciones bajo la *CASE Act* ante el aumento en probabilidad de que se materialice una reclamación (por su menor costo).²⁵⁰

²⁴⁶ Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J. L. ECON. & ORG 279, 280 (1986).

²⁴⁷ LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* 186-87 (2004).

²⁴⁸ Véase *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley*, 448 F.3d 605 (2nd Cir. 2006).

²⁴⁹ Véase, sobre los análisis de riesgo en estos casos, Hiram Meléndez Juarbe, *Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación*, HACIA UNA INTERNET LIBRE DE CENSURA PROPUESTAS PARA AMÉRICA LATINA 109 (2012), https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf.

²⁵⁰ Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2019, 17 USC § 1501-1511 (2020). Véase texto que acompaña *supra* notas 201-206.

En ese contexto, al evaluar la viabilidad de procedimientos administrativos de bajo costo, el *Copyright Office* se manifestó en contra de una regla automática de honorarios de abogadas debido a que “[a]n absolute rule awarding fees to a prevailing party could be inequitable in close cases, for example, where a responding party had a colorable but ultimately unsuccessful claim of fair use.”²⁵¹ Como consultor legal *pro bono* de múltiples actoras en esa encrucijada, puedo confirmar que este es un análisis casi cotidiano en la dinámica creativa puertorriqueña. En fin, el sistema puertorriqueño sobre honorarios de abogadas en el campo de derechos morales crea un efecto inhibitorio, o *chilling effect*, sobre conducta expresiva de las usuarias.

Este esquema no tiene paralelo en el ordenamiento federal. Así, al considerar las disposiciones sobre honorarios de abogadas bajo la *Ley de Copyright federal* de 1976, recientemente el Tribunal Supremo reflexionó sobre la importancia de mantener simetría en las normas que rigen la adjudicación de honorarios de abogadas, en *Kirtsaeng v. Wiley (Kirtsaeng II)*, enfatizando que la simetría en la imposición de honorarios y el criterio de razonabilidad son importantes para sostener balance entre los intereses de las titulares de obras y las intereses de acceso público que persigue la *Ley de Copyright federal*:

[A] court may not treat prevailing plaintiffs and prevailing defendants any differently; defendants should be “encouraged to litigate [meritorious copyright defenses] to the same extent that plaintiffs are encouraged to litigate meritorious claims of infringement.

....

The [copyright] statute [strikes] . . . a balance between two subsidiary aims: encouraging and rewarding authors’ creations while also enabling others to build on that work. . . . Accordingly, fee awards under §505 should encourage the types of lawsuits that promote those purposes. (That is why . . . [we have] insisted on treating prevailing plaintiffs and prevailing defendants alike—because the one could “further the policies of the Copyright Act every bit as much as” the other.

....

[An] objective-reasonableness approach that [gives substantial weight to the reasonableness of a losing party’s position] . . . both encourages parties with strong legal positions to stand on their rights and deters those with weak ones from proceeding with litigation [and] promote[s] the Copyright Act’s purposes, by enhancing the probability that both creators and users (*i.e.*, potential plaintiffs and defendants) will enjoy the substantive rights the statute provides.²⁵²

Tomando esto en cuenta, la disposición sobre honorarios de abogadas automáticos refleja un prejuicio estructural en la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* en

²⁵¹ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT SMALL CLAIMS: A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS 116 (2013).

²⁵² *Kirtsaeng v. Wiley (Kirtsaeng II)*, 568 U.S. 519, 1985-86 (2016).

contra de las usuarias legítimas de obras, y contra lo que he llamado los paradigmas de expresión y uso personal. Si el sistema de derechos morales tomara en serio la perspectiva de las usuarias de obras (y no solo a la autora), también estaría preocupado por concederle honorarios de abogadas a esa usuaria en los mismos términos que a la autora. Ello pues, en ese caso, sería también arriesgado para una demandante activar la maquinaria judicial, lo cual desincentivaría llevar pleitos inmeritorios con efecto sobre los valores expresivos que albergan las usuarias de obras.²⁵³

V. MARCO CONSTITUCIONAL: LOS CONTORNOS DE ACCIÓN

Habiendo evaluado el marco jurídico general, incluyendo la suficiencia general del sistema federal y las limitaciones del derecho moral en Puerto Rico, debemos considerar una dualidad de contornos constitucionales cuya exploración es necesaria para proponer un acercamiento apropiado para nuestra jurisdicción. Primero, hay que examinar la sugerencia del Tribunal Supremo en cuanto a que los derechos morales tienen una raíz constitucional (por su relación con la dignidad humana y otros derechos de personalidad). Segundo, es importante considerar cuál es el espacio que tiene Puerto Rico, o cualquier jurisdicción a la que le aplica la ley federal de *copyright*, para legislar en esta materia de conformidad con la cláusula de supremacía de la Constitución federal y la doctrina de campo ocupado.²⁵⁴

A. Derechos morales como un derecho constitucional

Tanto la *Declaración universal de derechos humanos* como el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* contienen disposiciones que consagran el derecho de toda persona “a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor”.²⁵⁵ Elizabeth Adeney, una observadora del derecho moral internacionalmente, explica que estas disposiciones fueron incluidas en estos instrumentos ante la insistencia de la delegación francesa; país cuna de los derechos morales.²⁵⁶

La vinculación de los derechos morales con los derechos humanos no debe sorprender. Al tratarse de un derecho de personalidad, su infracción representaría una ofensa a los valores más importantes de un sistema: el derecho a la dignidad humana. Por tal razón, el Tribunal Supremo ha dicho que los derechos morales deben verse “junto a otros derechos

²⁵³ Además de los defectos de política pública que el sistema de honorarios tiene en Puerto Rico, debemos notar el posible defecto constitucional de un esquema que hace menos efectiva –en términos prácticos— a la doctrina de *fair use* que, como se ha señalado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos mantiene conectada a la Primera Enmienda. Véase *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012).

²⁵⁴ CONST. EE. UU. art. VI, § 2, cl. 2; Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. § 301 (2018).

²⁵⁵ Res. A. G. 217 A (III), art. 27, Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948); Res. A. G. 2200 A (XXI), art. 15(1)(c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).

²⁵⁶ ADENEY, *supra* nota 220, en las págs. 149, 168; MIRA T. SUNDARA *supra* nota 71, en la pág. 51 (2011).

tales como el derecho a la vida, a la libertad e integridad física, derecho al honor, derecho a la imagen y otros”;²⁵⁷ y ha advertido que hay una “tangencia evidente entre el derecho moral del autor y la cláusula constitucional que protege la dignidad del ser humano, declarando que ésta es inviolable” de modo que “[l]a vigencia de esta declaración no depende de la aprobación de ley alguna”.²⁵⁸

La relación entre el derecho a la dignidad humana (y los derechos de personalidad a los que se le asocia) y los derechos morales de autoras resulta interesante, y a tales efectos, he propuesto algunas formas de concebir la protección de los derechos de personalidad en nuestro sistema constitucional, que resultan relevantes a este análisis.²⁵⁹

Así, los derechos de personalidad tienen mucho que ver en Puerto Rico con la capacidad de la persona para definir y controlar la proyección de su identidad en público. Para el caso del llamado *derecho a la intimidad o la privacidad sobre información personal*, por ejemplo, esto quiere decir que este derecho no solo se relaciona con la protección de información que una persona guarda en secreto (en un archivo bajo llave en su casa), sino también la capacidad que tenemos o debemos tener de controlar cómo se proyecta nuestra identidad en el espacio público (incluso con relación a información que ya ha sido vista por otros, como por ejemplo, en redes sociales o información sobre las personas que tiene un ISP o una compañía de teléfono). Es decir, cómo, cuándo y bajo qué circunstancias vamos a proyectar a terceras personas elementos importantes de nuestra identidad. Por eso, el derecho a la intimidad está muy relacionado con principios constitucionales que tienen una *dimensión externa o expresiva*.²⁶⁰ Esta dimensión externa o expresiva del derecho a la intimidad incluye prominentemente el derecho a permanecer anónima, ya que, el anonimato es una manera de controlar cómo nos proyectamos a las demás (específicamente, es una manera de controlar si vamos a proyectar o no nuestra identidad). Así, el derecho a la intimidad, el anonimato y la libertad de expresión son alas del proverbial pájaro. Por eso, el

257 Cotto Morales v. Ríos, 140 DPR 604, 621 (1996); Sucn. Rosado Muñoz v. Acevedo, 196 DPR 884 (2016).

258 Osorio v. Srio. de la Vivienda, 106 DPR 49 n. 2 (1977); Negrón Miró v. Vera Monroig, 182 DPR 218 (2011).

259 Hiram Meléndez Juarbe, *Vida privada, reputación y libertad de expresión en un entorno digital: Los intermediarios desde el marco normativo de Estados Unidos*, 17 REVISTA DE DERECHO, COMUNICACIONES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS (enero – junio 2017), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7499160.pdf>; Hiram Meléndez Juarbe, *El Derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia del juez Hernández Denton: Lo público de lo público*, 83 REV. JUR. UPR 1035 (2014); Hiram Meléndez Juarbe, *Seguridad e intimidad en el Recinto de Río Piedras*, DERECHOALDERECHO (7 de diciembre de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/12/07/seguridad-e-intimidad-en-el-recinto-de-rio-piedras>; Hiram Meléndez Juarbe, *Hablar en privado*, 80GRADOS (16 de septiembre de 2012), <http://www.80grados.net/hablar-en-privado>; Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1 (2008); Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, 77 REV. JUR. UPR 45 (2008).

260 Me refiero a: (1) la libertad de expresión; (2) el derecho a sostener relaciones íntimas; (3) la democracia y los procesos deliberativos; y (4) el anonimato (Const. PR art. II, §§ 1, 2, 4). Decidir cómo nos vamos a proyectar a otros es importante por un sinfín de razones: una de ellas tiene que ver con la capacidad (y la necesidad) que tenemos de forjar relaciones y cohesión entre personas, moderando el flujo de información de contexto a contexto, para crear vínculos interpersonales más o menos profundos. Es aquí –en la formación de relaciones personales– que el derecho a la intimidad y la libertad de asociación tienen un vínculo muy sólido. Véanse Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1 (2008); Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, 77 REV. JUR. UPR 45 (2008).

Tribunal Supremo ha considerado estos intereses de intimidad en diversos contextos públicos y no solamente en privado. Por ejemplo, ha reconocido la expectativa de intimidad en el contexto del uso de cámaras de vigilancia en el lugar del empleo, y ha reconocido la expectativa de intimidad aun con relación a la información que se ha puesto en manos de terceras personas, como bancos y compañías de teléfono.²⁶¹

La protección a la dignidad humana en la Constitución de Puerto Rico – “[l]a dignidad del ser humano es inviolable” – da soporte a estos derechos de personalidad.²⁶² Esta protección constitucional a la dignidad humana es mejor vista como una de carácter independiente, aunque tradicionalmente se utiliza como acompañante de otros derechos, y —crucialmente— nos dirige a respetar los esfuerzos de las personas por definir y desarrollar sus identidades, incluyendo los esfuerzos por definirse en público a través de información personal y a través de derechos vinculados con la protección de la reputación (como en el contexto de la difamación).²⁶³ La elevación de los derechos de personalidad a la esfera pública también se ha dado en el contexto de la propiedad intelectual bajo la rúbrica del llamado “derecho a la propia imagen”. El Tribunal Supremo ha reconocido este derecho en una línea de casos que comienza con *Colón v. Romero Barceló*, pasa por *Bonilla Medina v. Partido Nuevo Progresista* y termina con otro más reciente llamado *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno’s Sub, Inc.*²⁶⁴ Este derecho, entre otras cosas, reconoce el interés de una persona por controlar el uso de su imagen en público. Es decir, el derecho de controlar un aspecto importante de su personalidad: “dónde, cuándo y cómo se le toma una fotografía o se reproduce de cualquier forma su imagen”.²⁶⁵ Es importante recalcar que, según el Tribunal Supremo, este derecho no depende de la existencia de una ley pues es “una vertiente del derecho a la intimidad” y por lo tanto, “surge expresamente de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, aunque hace una década fue codificado en ley.²⁶⁶ Es decir, se trata de un derecho constitucional vinculado al derecho a la intimidad y a la dignidad humana.²⁶⁷ De ahí que se haya reconocido este derecho “a pesar de que . . . la fotografía se tomó *en un evento público*” incluso cuando la persona es una figura pública (cuando la imagen se usa para fines comerciales).²⁶⁸

²⁶¹ *Vega v. Telefónica de PR*, 156 DPR 584 (2002); *Weber Carrillo v. ELA*, 190 DPR 688 (2014); RDT Const. Corp. v. Contralor I, 141 DPR 424 (1996).

²⁶² CONST. PR art. II, § 1.

²⁶³ Véase Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman’s Plight: Decisions*, 9 *GEO. J. GENDER & L.* 1 (2008); Hiram Meléndez Juarbe, *Vida privada, reputación y libertad de expresión en un entorno digital: Los intermediarios desde el marco normativo de Estados Unidos*, 17 *REVISTA DERECHO, COMUNICACIONES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS* (enero – junio 2017).

²⁶⁴ *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 573 (1982); *Bonilla Medina v. PNP*, 140 DPR 294 (1996); *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno’s*, 173 DPR 254 (2008).

²⁶⁵ Exposición de motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 139.

²⁶⁶ *Vigoreaux Lorenzana*, 173 DPR en las págs. 263-64 (2008); Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPR §§ 3151-3158 (2017). Para un análisis de este derecho en Puerto Rico véase Pedro Cabán Vales y Louanna N. Cruz Rivera, *El right of publicity estadounidense en la Ley del derecho sobre la propia imagen*, 53 *REV. JUR. UPR* 495 (2019).

²⁶⁷ Véase Hiram Meléndez Juarbe, *Propia imagen y campañas políticas*, *DERECHOALDERECHO* (14 de agosto de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/08/14/propia-imagen-y-campanas-politicas/>.

²⁶⁸ *Vigoreaux Lorenzana*, 173 DPR en la pág. 271. Para un análisis de este caso, véase Hiram Meléndez Juarbe, *El Derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia del juez Hernández Denton: Lo público de lo público*, 83 *REV. JUR. UPR* 1035 (2014).

Por todo lo anterior, toda vez que los derechos morales son concebidos como una extensión de la personalidad de la autora, no debe sorprender que estos se han vinculado por el Tribunal Supremo a una familia de derechos de personalidad (como la intimidad, propia imagen, y reputación) y, además, al derecho constitucional a la dignidad humana. Visto de esta forma, es posible articular los derechos de integridad y atribución, por ejemplo, como parte del interés que tiene una autora por controlar cómo se define su identidad en público (tal y como se hace con estos otros derechos). Así, de la misma forma que el derecho a la intimidad se vincula a la libertad de expresión (por la manera en que el derecho a controlar información privada incide sobre cómo nos proyectamos en público), el derecho moral estaría vinculado con la forma en que se expresa esa autora a través de sus obras.

De hecho, la defensa contemporánea a los derechos morales en el contexto de los Estados Unidos toma una forma similar. La profesora Roberta Rosenthal Kwall, (la principal defensora de los derechos morales en esa jurisdicción), en su libro *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States* propone que los derechos morales son mejor vistos como una forma de reconocer el interés de una autora por preservar, durante su vida, el *significado* que la obra tiene para la autora y el *mensaje* que se desea comunicar.²⁶⁹ Esto es así incluso si se trata de obras que no tienen un claro mensaje propuesto y se deja a la interpretación.²⁷⁰ A ello Rosenthal Kwall le llama mantener *textual integrity*.²⁷¹ Asimismo, propone que, la preservación del significado y mensaje de la obra “facilita el desarrollo de la dignidad autoral”.²⁷² De modo que, cuando la forma en que una obra se presenta al público es diferente a “la visión original del significado y mensaje de una autora, ocurre una ofensa a su dignidad”.²⁷³ La dignidad comprende la forma en que “sus pensamientos, sentimientos y emociones son comunicados a otras”.²⁷⁴ Por tanto, Rosenthal Kwall indica que, “appropriate regard for a work’s meaning and for the external embodiment of an author’s work as the means through which her message is communicated to the public facilitates the acquisition of authorship dignity”.²⁷⁵

Así, podemos ver que los derechos morales (por su vinculación con la dignidad humana) pasan a través de la libertad de expresión de la autora de la misma forma en que los derechos de personalidad en nuestro régimen constitucional (como la intimidad y la propia imagen) también tienen una dimensión expresiva, en tanto y en cuanto todos tienen que ver con la forma en que controlamos y expresamos aspectos de nuestra personalidad en público. Este interés en el control de la obra como manifestación expresiva de la autora ha

269 ROBERTA ROSENTHAL KWALL, *THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES* 2-3 (2010).

270 *Id.* en la pág. 3 (citando a Charles Beitz, *The Moral, Rights of Creators of Artistic and Literary Works*, 13 J. POL. PHIL. 330, 340-42 (2005)).

271 ROSENTHAL KWALL, *supra* nota 269, en la pág. 1 (2010).

272 *Id.* en la pág. 3 (traducción suplida).

273 *Id.* en la pág. 4 (traducción suplida).

274 *Id.* en la pág. 4 (traducción suplida) (citando a Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 971 (1964)).

275 *Id.* en las págs. 4-5.

sido planteado directamente por el profesor Justin Hughes al decir que “*freedom of expression is meaningless without assurances that the expression will remain unadulterated. Free speech requires that speech be guaranteed some integrity. It follows that if intellectual property is expression, it merits the same guarantee*”.²⁷⁶ De hecho, en el sistema del *copyright* federal (en su dimensión patrimonial) la protección a las autoras es también vista como una forma de inducir la expresión creativa y, estructuralmente, como una manera de fortalecer una clase profesional de creadoras con suficiente independencia, lo cual es vital para una democracia.²⁷⁷

No obstante lo anterior, sería un error concluir sin más que los intereses expresivos y de dignidad autoral apoyan un régimen de control absoluto sobre las obras. Incluso reconociendo la importancia de que se mantenga cierta estabilidad en el significado y el mensaje deseado por la autora, desde la perspectiva de una democracia semiótica las obras pueden tener múltiples significados y sería inapropiado limitar la capacidad de la comunidad para explorar y rehacer estos significados mientras participan “a través de la cultura”.²⁷⁸ No reconocer los intereses de la comunidad de usuarias sería aceptar una especie de colonización de los paradigmas de expresión y uso personal, por el de propiedad. La realidad es que los derechos de personalidad antes mencionados típicamente conciben limitaciones impuestas por la libertad de expresión.²⁷⁹ Así, es ampliamente conocido que el derecho de propia imagen debe ceder ante intereses de libertad de expresión cuando la imagen se usa en el contexto de la discusión de asuntos de interés público.²⁸⁰ De la misma forma, el uso para fines académicos y educativos de la imagen es generalmente inmune a una causa de acción por violación al derecho de propia imagen.²⁸¹ Dicho esto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido una protección más fuerte en casos en que el uso de la imagen es comercial.²⁸² Aunque una dimensión del derecho a la propia imagen fue reconocido legislativamente mediante la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*,²⁸³ esta ley tiene una excepción para los casos en que “se utilice la imagen con propósitos de crítica

²⁷⁶ Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *GEORGETOWN L. J.* 287, 359 (1988).

²⁷⁷ Véase Neil Weinstock Netanel, *Copyright in a Democratic Civil Society*, 106 *YALE L. J.* 283 (1996).

²⁷⁸ COHEN, *CONFIGURING THE NETWORKED SELF*, *supra* nota 172.

²⁷⁹ Rebecca Tushnet, *Raising Walls Against Overlapping Rights: Preemption and the Right of Publicity*, 92 *NOTRE DAME L. REV.* 1539, 1557 (2017) (“the First Amendment itself precludes most rights based purely on personhood claims”).

²⁸⁰ Véase Robert Post & Jennifer Rothman, *The First Amendment and the Right(s) of Publicity*, 130 *Yale L. J.* 86 (2020); J. THOMAS MCCARTHY, 2 *RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* § 8:51 (2017); *Finger v. Omni Publications International*, 566 *NE2d* 141 (N.Y. Ct. App 1990) (elaborando sobre la excepción de asuntos noticiosos a la protección de la imagen).

²⁸¹ Véase J. THOMAS MCCARTHY, 2 *RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* § 8:53 (2017) (“[T]he category of ‘news’ [is] a broad one and should be liberally applied to permit media use of photos of people to illustrate newsworthy items of educational and scientific interest.” Además, “Educational and informative uses of the identities of non-celebrities fall within the same category, so long as their identity is reasonably necessary to effectively illustrate or convey the message.”).

²⁸² Ello, porque la persona “tiene derecho a participar económicamente en la comercialización de su propia imagen, su nombre o su parecido, conforme al valor de tasación de tal imagen en el mercado de publicidad al momento de los hechos”. *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno’s Sub, Inc.*, 173 *DPR* 254, 266 (2008).

²⁸³ *Ley del derecho sobre la propia imagen*, Ley Núm. 139-2011, 32 *LPR* §§ 3151-3158 (2017).

o comentario, académicos o investigativos, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la imagen protegida”.²⁸⁴

Asimismo, los derechos de intimidad en la información personal tienden a ceder cuando se propone la divulgación de información que es de interés legítimo para el público (*legitimate concern to the public*),²⁸⁵ de modo que, por ejemplo, los derechos de intimidad pueden ceder cuando se publica información que se encuentra en récords públicos.²⁸⁶ De igual forma, aun cuando captar información privada subrepticamente puede ser ilegal, el Tribunal Supremo federal, como cuestión de Primera Enmienda, ha protegido la publicación de estas comunicaciones por los medios cuando ello sea de alto interés público.²⁸⁷

En fin, consistente con lo que ocurre en el caso de otros derechos de personalidad, la protección a los intereses de individuos por definir su identidad debe balancearse con intereses públicos relacionados con la libertad de expresión.²⁸⁸ En el esquema aquí propuesto, esto quiere decir que debemos tomar en cuenta los paradigmas de expresión y uso personal para no solo dar sentido a los intereses expresivos de las autoras, sino también a los intereses expresivos de la comunidad y de las usuarias. Nótese que el Tribunal Supremo de Estados Unidos apuntó en esta dirección cuando expresó en *Eldred v. Ashcroft*,²⁸⁹ (ratificado en *Golan v. Holder*),²⁹⁰ que el régimen de *copyright* es compatible con la Primera Enmienda precisamente porque tiene ciertas válvulas de escape que, por un lado, permiten el uso no autorizado de obras protegidas (*fair use*) y, de otro lado, impiden el monopolio de ideas detrás de expresiones protegidas (la llamada dicotomía entre idea y expresión).

La pregunta desde un posible derecho moral constitucionalizado, por tanto, *no es* cómo proteger los intereses expresivos (y de dignidad) de las autoras; la pregunta es, en cambio, cómo elaborar un régimen de derechos autorales que permita a las autoras tener cierto control sobre la integridad de su obra en la esfera pública, sin vulnerar el interés en un medioambiente discursivo, amplio y en una cultura democrática. Lo elaborado hasta ahora refleja que, ausente el derecho moral de Puerto Rico, las autoras tienen amplia protección para todo tipo de obra, incluyendo derechos morales para las obras de arte visual. El régimen de derechos morales provee un abanico de derechos mayor que, en última instancia, tiende a limitar el universo de usos posibles por la población.

La *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico* y la jurisprudencia sobre la materia son, sin embargo, un hecho. Ante ello, es importante explorar cuál es el espacio que

²⁸⁴ 32 LPRÁ §3157. Véase mi postura sobre el balance de los derechos de propia imagen y la libertad de expresión en el artículo Meléndez Juarbe, *Propia imagen y campañas políticas*, *supra* nota 270.

²⁸⁵ 3 AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, TORTS § 652D (1977). Véase Sipple v. Chronicle Publishing Co., 201 Cal. Rptr. 665 (Cal. Ct. App. 1984); Shulman v. Group W. Productions, Inc., 955 P.2d 469 (Cal. 1998).

²⁸⁶ Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975) (protegiendo publicación de información sobre personas privadas en récords públicos); The Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989) (protegiendo la publicación de nombre de víctima de violación).

²⁸⁷ Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001) (protegiendo la divulgación de una conversación de “interés público” cuya grabación fue ilegalmente obtenida).

²⁸⁸ Véase POST, *supra* nota 165.

²⁸⁹ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

²⁹⁰ Golan v. Holder, 565 U.S. 302 (2012).

realmente existe en esta jurisdicción para legislar, crear judicialmente o reconocer constitucionalmente estos derechos. Aunque se quiera conferir protección a los intereses de personalidad en esta jurisdicción (inclusive como derecho constitucional), si una ley federal lo prohíbe quedará trunca esta aspiración.

B. *El problema de campo ocupado*

En tres ocasiones nuestro Tribunal Supremo ha abordado directamente la pregunta de si el derecho federal ocupa el campo sobre el derecho moral en Puerto Rico. La primera vez fue en el año 1974 en *Reynal*.²⁹¹ Bajo la sombra de la entonces vigente *Ley de Copyright federal* de 1909 en ese caso por primera vez se reconoció el derecho moral en este país. La segunda vez fue en el año 1984, en *Pancorbo v. Wometco*.²⁹² En *Pancorbo* el Tribunal revalidó sus pronunciamientos sobre el campo ocupado, esta vez ante un planteamiento de que la nueva *Ley de copyright federal*,²⁹³ (la ley de 1976, que entró en vigor en 1978, y que está vigente hoy día), desplazaba el derecho local por virtud de una disposición específica de campo ocupado que contiene esa ley. Finalmente, en 1996, en *Cotto Morales*,²⁹⁴ se renovó el planteamiento de campo ocupado porque a la fecha de ese caso se había aprobado, en 1990, la *Visual Artists Rights Act de 1990*,²⁹⁵ que a su vez, contiene otra disposición de campo ocupado para obras de arte visual. Fuera de estas decisiones, y salvo por expresiones esporádicas sobre la coexistencia de ambos regímenes de derecho, los tribunales de Puerto Rico presumen sin mayor cuestionamiento que la ley federal –en términos generales– no desplaza el derecho moral en Puerto Rico.

En estos casos, el razonamiento básico se sustenta en la ya discutida dicotomía: los derechos bajo la ley federal de 1976 son de índole patrimonial y los nuestros de carácter moral, que operan en esferas separadas. Como la ley federal “en modo alguno ocupa por completo el campo y excluye toda acción estatal”,²⁹⁶ expresó el Tribunal en *Pancorbo*, esa ley “gobierna exclusivamente tan sólo ‘los derechos legales o en equidad equivalentes a cualquiera de los derechos exclusivos, dentro del ámbito general del derecho de autor, especificados en el artículo 106 [de esa ley federal]’”.²⁹⁷ Es decir, los derechos de realizar reproducciones, crear obras derivadas, distribuir copias, e interpretar y presentar públicamente la obra. De otro lado, analizando la disposición de campo ocupado de VARA, se ha resuelto en Puerto Rico que si una obra cumple con las características de lo que es un *work of visual art* bajo VARA (como por ejemplo una escultura, o un ejemplar único de una pintura, o pinturas enumeradas en 200 ejemplares o menos), estaría ocupada bajo esa ley, pero si no cumple con esa definición (por ejemplo si se trata de una obra con más de 200 ejemplares), queda entonces cubierta bajo la ley de Puerto Rico en sus aspectos morales

²⁹¹ *Reynal v. Tribunal Superior*, 102 DPR 260 (1974).

²⁹² *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495 (1984).

²⁹³ Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 101-1401 (2018).

²⁹⁴ *Cotto Morales v. Ríos*, 140 DPR 604 (1996).

²⁹⁵ Visual Artists Right Act, 17 U.S.C. § 106a (2018).

²⁹⁶ *Pancorbo*, 115 DPR en la pág. 498.

²⁹⁷ *Id.* en la pág. 499.

(y por la ley federal en sus aspectos patrimoniales).²⁹⁸ La sencillez de esta demarcación es ciertamente atractiva, ya que permite a los tribunales trazar las fronteras de ambos sistemas con cierta claridad. Lamentablemente, el asunto es más complejo.

De conformidad con la Cláusula de Supremacía de la Constitución de los Estados Unidos, la ley federal “shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.²⁹⁹ Por ello, cuando actúa sobre la base de uno de sus poderes constitucionales, el Congreso puede privar a un estado o a Puerto Rico de la capacidad para legislar o adjudicar un asunto. Ello lo puede hacer de tres maneras: (1) *expresamente*, cuando así lo dispone por ley (el llamado *express preemption*).³⁰⁰ Además, el derecho estatal también cede ante el derecho federal bajo lo que se conoce como *implied preemption*, en dos situaciones: (2) cuando se puede inferir la intención de ocupar el campo completamente por razón de existir reglamentación federal abrumadora (*pervasive*) sobre un asunto (el *field preemption*),³⁰¹ o (3) el llamado *conflict preemption*, que ocurre cuando una legislación estatal conflige con la ley federal de forma que: (i) es imposible físicamente cumplir con ambas leyes (“where compliance with both federal and state regulations is a physical impossibility”),³⁰² o (ii) si la ley estatal es un obstáculo para alcanzar los objetivos del Congreso (“stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress”).³⁰³ Lo anterior tiene como trasfondo las relaciones entre el gobierno federal y los poderes estatales en el contexto del federalismo estadounidense, lo cual ha llevado al Tribunal Supremo Federal a enunciar una presunción en contra del desplazamiento, salvo por la intención clara del Congreso.³⁰⁴

Es crucial destacar que aun si una ley contiene una cláusula *expresa* de campo ocupado, ello no suprime un análisis constitucional de campo ocupado bajo *implied preemption* con relación a aquellas causas de acción estatales que no están cubiertas por una cláusula de desplazamiento en la ley federal.³⁰⁵ Por eso, es erróneo limitar el análisis de campo ocupado a las disposiciones estatutarias de *preemption* en la ley federal de *copyright* sin

²⁹⁸ *Cotto Morales*, 140 DPR en la pág. 618.

²⁹⁹ U.S. CONST. art. VI, cl. 2.

³⁰⁰ *Geier v. American Honda Motor Co., Inc.*, 529 U.S. 861, 869 (2000); *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012).

³⁰¹ *Arizona*, 567 U.S. en la pág. 399 (*citando a Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, 230 (1947) “The intent to displace state law altogether can be inferred from a framework of regulation ‘so pervasive . . . that Congress left no room for the States to supplement it’ or where there is a ‘federal interest . . . so dominant that the federal system will be assumed to preclude enforcement of state laws on the same subject.’”)

³⁰² *Florida Lime & Avocado Growers Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, 142-43 (1963).

³⁰³ *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 67 (1941). Véase, además, *Arizona v. U.S.*, 567 U.S. 387 (2012). Véase en general, JAMES T. O'REILLY, *FEDERAL PREEMPTION OF STATE AND LOCAL LAW: LEGISLATION, REGULATION AND LITIGATION* (2006); WILLIAM W. BUZBEE, ED., *PREEMPTION CHOICE: THE THEORY, LAW, AND REALITY OF FEDERALISM'S CORE QUESTION* (2009).

³⁰⁴ *Rice*, 331 U.S. en la pág. 230 (“So we start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress.”)

³⁰⁵ *Geier*, 529 U.S. en la pág. 869; *Arizona*, 567 U.S. en la pág. 406 (“the existence of an ‘express preemption provisio[n] does not bar the ordinary working of conflict preemption principles’ or impose a ‘special burden’ that would make it more difficult to establish the preemption of laws falling outside the clause.”)

realizar un análisis adicional de conflicto bajo la Cláusula de Supremacía que considere el impacto de la ley de Puerto Rico a las políticas y balances en la ley federal.³⁰⁶ Así, como se verá, el derecho moral de Puerto Rico debe considerarse desplazado por dos disposiciones estatutarias explícitas (en la *Ley de Copyright federal* y en VARA), como por la doctrina constitucional de *conflict preemption* (que es la que desplaza legislación estatal que obstaculiza los objetivos de la ley federal). Por eso, aun si concluyéramos que el derecho moral de Puerto Rico escapa el problema de campo ocupado estatutariamente, la doctrina de *conflict preemption* tendrá mucho que decir.

La disposición de campo ocupado en la ley federal no es un ejemplo de claridad. Ello se debe, en parte, a que —aunque su intención es desplazar toda la materia cubierta por esa ley— hay ciertas causas de acción estatales en el *common law* que quisieron dejarse intactas. Estas últimas incluyen, por ejemplo, causas de acción por secretos de negocio, derecho de marcas, acuerdos contractuales, difamación, violación a la privacidad, entre otras.³⁰⁷ Por ello, la delimitación de lo que está ocupado y lo que no, se presta a confusión. La sección 301 (a) de la *Ley de Copyright federal de 1976* establece que:

On and after January 1, 1978, all [1] *legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by section 106 [2] in works of authorship that are fixed in a tangible medium of expression and come within the subject matter of copyright as specified by sections 102 and 103, . . .* are governed exclusively by this title.³⁰⁸

306 1 MELVILLE NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, § 1.13 (b) (2020) (“[T]he Supreme Court has held that the existence of an express preemption feature in a federal statute does not bar application of generalized conflict preemption principles. Therefore, the general proposition pertains in copyright law, as elsewhere, that a state law is invalid when it ‘stands as an obstacle to the accomplishment of the full purposes and objectives of Congress.’ That ‘conflict preemption’ equally pertains when compliance with both federal and state mandates is a physical impossibility.”); Jennifer E. Rothman, *Copyright Preemption and the Right of Publicity*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 199, 238 (2002) (“state law can be preempted even if the state action does not fall under the parameters of Section 301.”); Guy A. Rub, *A Less-Formalistic Copyright Preemption*, 24 J. INTELL PROP. L. 329, 347-48, 352 (2017) (abogando por un acercamiento de campo ocupado para la ley de copyright que vaya más allá de la disposición estatutaria. Con respecto al alcance de la sección 301(b)(3), la cual identifica como no ocupadas leyes estatales “not equivalent to . . . the exclusive rights . . . as specified by section 106” (el llamado *saving clause*), el profesor Rub explica que “the legislative history of the saving clause does not indicate or even imply any intent to eradicate conflict preemption.”) Véase además, 3 PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT, § 17.3-17.3.3 (3ra ed. 2016); Alexander K. Haas, *Chipping Away at State Tort Remedies through Pre-emption Jurisprudence: Geier v. American Honda Motor Co.*, 89 CAL L. REV. 1927 (2001); 6 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT § 18:60 (2020) (“Construction of Section 301 does not end the matter, though, because two other forms of preemption exist: (1) “field” preemption, . . . and (2) “conflict” preemption These two other forms of Supremacy Clause preemption are relevant in circumstances falling outside the express provisions of Section 301. Examples include state visual artists’ rights. . . .”)

307 Véase Patrick McNamara, *Copyright Preemption: Effecting the Analysis Prescribed by Section 301*, 24 B.C. L. REV. 963, 987 (1983) (el cual discute que el historial legislativo reflejó tensiones sobre qué tipo de causas de acción debían mencionarse expresamente como no desplazadas, pero la inclusión en una enumeración inicial del *tort* de *misappropriation* fue objetada por el Departamento de Justicia, como una posible amenaza a la cláusula de *preemption* misma); NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, § 1.15 [F].

308 Copyright Act, 17 U.S.C. § 301 (a) (2018) (énfasis suplido).

Por esta razón, una legislación estatal está ocupada por esta disposición si cumple dos requisitos: (1) si otorga derechos que son *equivalentes* a los provistos por la ley federal, y (2) si la obra en cuestión está dentro del ámbito (*within the subject matter*) de la ley y fijada en un medio tangible de expresión. Este último requisito (que la obra esté dentro del ámbito de la ley), es de fácil aplicación a la *Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico*.³⁰⁹ Como se ha dicho, la ley de Puerto Rico arropa todo tipo de obras imaginables que sean originales y estén fijadas en un medio tangible de expresión. Así, los derechos morales bajo la ley de Puerto Rico “[s]urgen al momento en que el autor fija la obra original en un medio tangible de expresión”,³¹⁰ y el concepto de *obra* se define como “[c]reación original literaria, musical, visual (plástica o gráfica), dramática o de las artes interpretativas, artística, o de cualquier otro tipo de las que se producen con la inteligencia y que sea creativa. . .”.³¹¹

La pregunta más espinosa es si los derechos morales cumplen con el primero de estos requisitos. A saber, si los derechos morales son *equivalentes* a los derechos que provee la ley federal. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha dicho que *no* son equivalentes conforme a esta disposición porque la ley federal (salvo por VARA), no incluye derechos morales. De este modo, ha dicho que “si la acción estatal intenta proteger derechos que radican fuera del ámbito de la política federal y si tales derechos *tienen por fuente intereses locales de honda raíz*, tal acción no está desplazada por la legislación federal”.³¹² Pero esta conclusión del Tribunal Supremo es simplista ya que el análisis en torno a qué constituyen derechos *equivalentes* nada tiene que ver con la profundidad de la raíz local de esos derechos, como veremos.

Antes de ello es importante también destacar la disposición adicional de campo ocupado de VARA. La sección 301(f)(1) dispone, en términos muy similares a la cláusula de la Ley de *Copyright federal* 1976, que:

[1] *all legal or equitable rights that are equivalent to any of the rights conferred by section 106A with respect to* [2] *works of visual art to which the rights conferred by section 106A apply are governed exclusively by section 106A and section 113(d) and the provisions of this title relating to such sections.*³¹³

Es decir, VARA provee cubierta exclusiva a: (1) los derechos *equivalentes* a esa ley (integridad y atribución), y (2) con respecto a las obras mencionadas en esa ley (es decir, los *works of visual art*, según definidos allí).

Sin entrar en el detalle de estas disposiciones, por ahora lo más importante es comprender la relación entre estas y, asimismo, la relación entre estas disposiciones y la cláusula

³⁰⁹ Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRÁ §§ 1401i-1401j (2019 & Supl. 2020).

³¹⁰ 31 LPRÁ § 1401j (b).

³¹¹ 31 LPRÁ § 1401j (d).

³¹² Cotto Morales v. Ríos, 140 DPR 604, 615 (1996) (*citando a* Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc., 115 DPR 495, 500 (1984)) (énfasis suplido).

³¹³ 17 U.S.C. § 301 (f) (1) (énfasis suplido).

la de supremacía. A tales efectos, la mejor forma de atender los asuntos de campo ocupado bajo el esquema estatutario —cuando nos enfrentamos a un reclamo de derechos morales— es la siguiente:

1. Primero, debe considerarse si la disposición estatal en cuestión está ocupada por la regla de campo ocupado de VARA establecida en la sección (301)(f)(1).
2. Segundo, de no estar ocupada por la anterior, debe verificarse si está ocupada por las normas de campo ocupado de la *Ley de copyright federal de 1976* dispuestas en la sección (301)(a) (incluyendo si se trata de derechos *equivalentes*).³¹⁴ Ello pues una ley que no esté relacionada con los elementos de VARA, aun así puede confligir con los derechos bajo la *Ley de copyright federal general*.³¹⁵
3. Tercero, y de no estar desplazada estatutariamente, es necesario realizar una evaluación de campo ocupado bajo las normas de supremacía bajo la Constitución federal. Es decir, el *implied preemption* bajo la rúbrica de *conflict preemption* (resulta evidente que el *field preemption* no es aplicable a la *Ley de Copyright federal*, por el interés legislativo en que sobrevivieran ciertas causas de acción en el *common law*).³¹⁶

El análisis anterior se complica tan pronto consideramos los detalles de cada paso. Por un lado, comenzando por el primero, la disposición de campo ocupado de VARA presenta retos interpretativos como, por ejemplo, si es *equivalente* a los derechos de VARA un derecho a la integridad estatal que no requiera daño al honor o reputación de la artista (según lo establece VARA),³¹⁷ si es *equivalente* un derecho a impedir la destrucción de la obra cuando no se trate de una altamente reconocida (como contempla VARA para el *work*

³¹⁴ Este análisis bajo la 301 (a) es apropiado porque la intención de la cláusula de campo ocupado de VARA era para los derechos bajo *esa ley*, como cuestión independiente de la *Ley de Copyright federal de 1976*. Como estableció el Tribunal Federal de distrito de California en *Estate of Graham v. Sotheby's, Inc.*, 178 F. Supp. 3d 974, 990 (2016): (“in enacting the VARA, Congress neither addressed nor amended § 301(a). Instead, Congress chose to create a separate preemption section—§ 301(f)—applicable to the subject matter covered under the VARA.”)

³¹⁵ Véase NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, § 8D.07 [A] (evaluando el California Art Preservation Act primero bajo la disposición de campo ocupado de VARA y, en segundo término, bajo la disposición de campo ocupado de la *Ley de Copyright federal de 1976*). Véase además, WILLIAM PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHT § 16:44 (2020) (“A separate question is whether state moral rights laws that extend rights equivalent to those granted in section 106 are preempted by section 301(b)(3), since section 301(f) does not provide an exception from such preemption”).

³¹⁶ Goldstein resalta la importancia de mantener el análisis constitucional disponible para evitar contrasentidos en la interpretación de la sección 301. Así, “[c]onstitutional doctrine continues to serve two important purposes. First, state laws protecting subject matter such as ideas and facts, though arguably permissible under section 301, may still have to be tested under the Constitution’s supremacy clause. . . . Second, the methodology of the Court’s [constitutional preemption] decisions . . . may guide courts in applying section 301’s sometimes ambiguous references to works ‘coming within the subject matter of copyright’ and to rights ‘equivalent to any of the exclusive rights’” GOLDSTEIN *supra* nota 309, § 17.3.3.

³¹⁷ Nimmer sugiere que una ley como esta estaría desplazada. NIMMER & NIMER, *supra* nota 306, 8D.06 n.222 (“The legislative history comments that such laws would be pre-empted”). Véase además, 5 PATRY ON COPYRIGHT §16.42 (“state right-of-integrity laws that do not require harm to honor or reputation, or require intent, and that, with respect to the right to prevent destruction of the work, do not require the work to be one of recognized stature, are preempted, provided that the subject matter and other rights are equivalent.”)

of recognized stature) o, digamos, si es *equivalente* el llamado derecho a *acceso* en nuestra ley (ausente de la ley federal) que permite a la autora lograr acceso a la obra para verificar su estado (sin hablar de otras dificultades en otras porciones del estatuto, como la que establece que no están ocupados derechos estatales *post mortem*).³¹⁸

Dejando a un lado estas cuestiones, es razonable pensar que, para el caso de una pintura, una escultura y otras obras que cumplan con los criterios de los *works of visual art* (que es lo único que atiende VARA y su disposición de campo ocupado),³¹⁹ *todos los derechos* bajo la ley de Puerto Rico están ocupados. Ello, pues es razonable interpretar que todos los derechos (los de integridad y atribución) bajo la ley de Puerto Rico son *equivalentes* a los

318 Véase, en general, NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, §8D.06. Sobre la supervivencia de derechos morales *post mortem*; véase 17 USC § 301(f)(2)(C); NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, §8D.06 [F](1). Podemos presumir que la intención del Congreso es no ocupar leyes estatales de derechos morales que duran más allá de la vida de la autora. Pero es importante entender que este no-desplazamiento es solo con respecto a Obras de Arte Visual (y no con relación a otras obras). Conforme a esto es posible que haya una obra de arte visual ocupada por VARA, pero que resucite su protección bajo el esquema local. Además, esto no elimina la necesidad del análisis de campo ocupado bajo 301(a) y el análisis constitucional con respecto a estas obras (para casos de conflicto con, por ejemplo, *Fair Use*), o para otras obras que no son de arte visual.

319 Véase H.R. REP. 101-514, H.R. Rep. No. 514, 101st Cong., 2nd Sess. 1990, 1990 WL 258818, 1990 U.S.C.C.A.N. 6915 (Leg.Hist.) en donde se indica lo siguiente:

Consistent with current law on preemption for economic rights, the new Federal law will not preempt State causes of action relating to works *that are not covered by the law*, such as audiovisual works, photographs produced for non-exhibition purposes, and works in which the copyright has been transferred before the effective date. Similarly, State artists' rights laws that grant rights not equivalent to those accorded under the proposed law are not preempted, even when they relate to works covered by H.R. 2690. For example, the law will not preempt a cause of action for a misattribution of a reproduction of a work of visual art or for a violation of a right to a resale royalty. Further, State law causes of action such as those for misappropriation, unfair competition, breach of contract, and deceptive trade practices, are not currently preempted under section 301, and they will not be preempted under the proposed law. 1990 U.S.C.C.A.N. 6915, 6931 (énfasis suplido).

Nótese que la referencia en esta cita a derechos de atribución estatales es para indicar que, con respecto a obras que *no son* obras de arte visual (reproducciones), los mismos no están ocupados por VARA. Toda vez que VARA (y su disposición de campo ocupado) no tiene efecto sobre obras que no cumplen con la definición de *works of visual arts*, esto es correcto. No obstante, VARA nada tiene que decir sobre los problemas de campo ocupado bajo la *Ley de Copyright federal de 1976* (y la sección 301(a)) ni el problema de campo ocupado bajo la Cláusula de Supremacía. Debe quedar claro que esta declaración en el historial legislativo de VARA en 1990 sobre derechos de atribución estatales no puede hacer inoperante la cláusula de campo ocupado de la *Ley de Copyright federal de 1976*, ni mucho menos el análisis constitucional de desplazamiento. A tales efectos, es relevante la decisión del Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de California en *Estate of Graham v. Sotheby's* sobre este mismo lenguaje del historial legislativo analizando el *droit de suit*, a la vez que lo declaraba desplazado: “[t]he Court is . . . unpersuaded that the VARA’s legislative history precludes preemption . . . under § 301(a)”. *Estate of Graham v. Sotheby’s, Inc.*, 178 F. Supp. 3d 974, 991 (C.D. Cal. 2016), *aff’d in part, rev’d in part and remanded sub nom. Close v. Sotheby’s, Inc.*, 894 F.3d 1061 (9th Cir. 2018). Ello, porque:

[I]n enacting the V.A.R.A., Congress neither addressed nor amended § 301(a). Instead, Congress chose to create a separate preemption section—§ 301(f)—applicable to the subject matter covered under the V.A.R.A. At most, therefore, the excerpt quoted above constitutes a post-enactment interpretation of § 301(a). . . . ‘Post-enactment legislative history (a contradiction in terms) is not a legitimate tool of statutory interpretation. Real (pre-enactment) legislative history is persuasive to some because it is thought to shed light on what legislators understood an ambiguous statutory text to mean when they voted to enact it into law. But post-enactment legislative history by definition could have had no effect on the congressional vote.’ *Estate of Graham v. Sotheby’s, Inc.*, 178 F. Supp. 3d 974, 990–91 (C.D. Cal. 2016), *aff’d in part, rev’d in part and remanded sub nom. Close v. Sotheby’s, Inc.*, 894 F.3d 1061 (9th Cir. 2018) (*citando a Bruesewitz v. Wyeth LLC*, 562 U.S. 223, 242 (2011).

de atribución e integridad en la ley federal (incluyendo el de *retracto* que es una modalidad del de atribución y el de *acceso* que es accesorio a los de atribución e integridad).³²⁰ Esto sería consistente con el objetivo de proveer un sistema federal único para *works of visual art* con relación a estos derechos en cualquiera de sus formas.³²¹ Así parece haberlo visto el Tribunal Supremo de Puerto Rico:³²² una vez la obra cumple con los requisitos de un *work of visual art*, sus derechos morales se atienden bajo VARA.³²³

Ahora bien, toda vez que la ley de Puerto Rico trasciende por mucho los elementos de lo que constituye un *work of visual art*, la gran mayoría de las obras cubiertas por nuestra ley *no están* cobijadas por VARA y su disposición de campo ocupado. Es decir, todo tipo de obra que esté fuera del alcance de VARA, incluyendo obras musicales, literarias, audiovisuales, programas de computadora y obras de arte visual en más de 200 ejemplares, entre muchas otras.³²⁴ De este modo, la disposición de campo ocupado en VARA será en muchos casos irrelevante y el análisis interpretativo giraría en torno a la sección de campo ocupado general (*bajo el segundo paso del análisis propuesto*) para la *Ley de Copyright federal de 1976*. Conforme a esta disposición, el problema girará en torno a si los asuntos bajo la *Ley de derechos morales de Puerto Rico* versan sobre los dos asuntos indicados en la ley: Primero, si se trata de derechos que son “equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by section 106”. Segundo, si las obras que cubre son “works of authorship that are fixed in a tangible medium of expression and come within the subject matter of copyright as specified by sections 102 and 103 . . .”.³²⁵ Consideremos, pues, esta segunda fase del análisis.

³²⁰ Véase texto que acompaña *supra* notas 221-222.

³²¹ Report 101-514, pág. 6931 (1990) (“if a State attempts to grant an author the rights of attribution or integrity for works of visual art as defined in this Act, those laws will be preempted. For example, the new law will preempt a State law granting the right of integrity in paintings or sculpture, even if the State law is broader than Federal law, such as by providing a right of attribution or integrity with respect to covered works without regard to injury to the author’s honor or reputation.”)

³²² En *Negrón Miró* el Tribunal expresó en dictum que:

Advertimos que el caso ante nosotros trata sobre un alegado uso y mutilación de una fotografía. Aunque la *Visual Artists Rights Act* brinda a los autores el derecho moral de atribución e integridad sobre ciertas fotos, para que éstas estén cobijadas por el estatuto tienen que cumplir con varios requisitos que comprenden, tanto sus características físicas, como el propósito para el cual fueron creadas. 17 U.S.C.A. secs. 101 y 106A. Si la fotografía en controversia satisficiera dichos requisitos, podría estar dentro del campo ocupado por la legislación federal, quedando los tribunales estatales privados de jurisdicción.

Negrón Miró v. Vera Monroig, 182 DPR 218, n.2 (2011).

³²³ Igual resultado se impone con respecto a la variante del derecho de integridad en la ley de Puerto Rico que habla de “impedir la destrucción culposa o negligente de un original o de un ejemplar único de la obra.” 31 LPR § 1401j (b)(3)(C) (2019 & Supl. 2020). Por tratarse de un “original o ejemplar único”, por necesidad se trata de un *Work of Visual Art*.

³²⁴ No obstante, Patry considera que leyes que cubran obras de arte visual de más de 200 ejemplares también estarían desplazadas por VARA. PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHT, *supra* nota 315, §16.42 (“The next question of preemption involves state moral rights laws that protect works of visual art as defined in VARA, but without regard to limited editions, or beyond 200 limited-edition “originals,” or without complying with the numbering and marking requirements. These laws would appear to be preempted as providing rights “broader than Federal law.”)

³²⁵ 17 U.S.C. 301(a).

Como he mencionado, porque las obras cubiertas por la ley de Puerto Rico cumplen con el requisito de estar dentro del ámbito de la ley federal (*within the subject matter*) bajo la 301(a), el verdadero reto interpretativo está en determinar si la ley de Puerto Rico provee “*legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright*”.³²⁶ Resulta que, contrario a lo que ha resuelto nuestro Tribunal Supremo, el mero hecho de que la ley de Puerto Rico atienda los intereses morales de la artista, no hace de esta protección criolla una *no equivalente*. Veamos.

Para determinar si una ley estatal es *equivalente* a la ley federal de *copyright* los tribunales han tomado en cuenta una variedad de factores. Los casos típicamente surgen cuando se presenta en el tribunal federal alguna reclamación bajo la *Ley de Copyright federal de 1976*, pero a ella se le suman reclamaciones estatales bajo la ley estatal. Por ejemplo, cuando se incluyen reclamaciones de propia imagen;³²⁷ causas de acción contractuales;³²⁸ enriquecimiento injusto;³²⁹ competencia desleal y engaño a la consumidora;³³⁰ apropiación ilegal (*misappropriation*);³³¹ secretos de negocio,³³² entre otras.³³³

326 *Id.*

327 Algunas reclamaciones de propia imagen pueden verse desplazadas, pero otras no. Como recientemente resolvió el tribunal federal para el Segundo Circuito al declarar desplazada como cuestión constitucional una reclamación bajo el derecho estatal de propia imagen: “when a person undertakes to exert control over a work within the subject matter of the Copyright Act under a mechanism different from the one instituted by the law of copyright (*i.e.*, a state law claim), implied preemption may bar the claim unless the state-created right vindicates a substantial state law interest, *i.e.* an “interest[] outside the sphere of congressional concern in the [copyright] laws.” In re Jackson, 972 F.3d 25, 37 (2d Cir. 2020). De este modo “[t]he more substantial the state law interest involved in the suit, the stronger the case to allow that right to exist side-by-side with the copyright interest, notwithstanding its capacity to interfere, even substantially, with the enjoyment of the copyright. . . . In contrast, the less substantial the state law rights invoked, or the more the invocation of the state right amounts to little more than camouflage for an attempt to exercise control over the exploitation of a copyright, the more likely that courts will find the state law claim to be preempted.” In re Jackson, 972 F.3d 25, 37–38 (2d Cir. 2020). Compárese con Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 462 (9th Cir. 1988) (“A voice is not copyrightable. The sounds are not ‘fixed’. What is put forward as protectible here is more personal than any work of authorship”); Vanna White v. Samsung Electronics America, Inc., 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993). Véase Rebecca Tushnet, *Raising Walls Against Overlapping Rights: Preemption and the Right of Publicity*, 92 NOTRE DAME L. REV. 1539 (2017). Véase además, Pedro Cabán Vales y Louanna N. Cruz Rivera, *El right of publicity estadounidense en la ley del derecho sobre la propia imagen*, 53 REV JUR UIPR 495, 524 (2019).

328 ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) (“A copyright is a right against the world. Contracts, by contrast, generally affect only their parties; strangers may do as they please, so contracts do not create “exclusive rights.”) Véase, Primer Circuito: Bowers v. Baystate Technologies, Inc., 320 F.3d 1317 (1st Cir. 2003); Segundo Circuito: Forest Park Pictures v. Universal Television Network, Inc., 683 F.3d 424 (2d Cir. 2012); Cuarto Circuito: Trandes Corp. v. Guy F. Atkinson Co., 996 F.2d 655 (4th Cir. 1993); Quinto Circuito: Taquino v. Teledyne Monarch Rubber, 893 F.2d 1488, 1501 (5th Cir. 1990); Sexto Circuito: Stromback v. New Line Cinema, 384 F.3d 283 (6th Cir. 2004); Séptimo Circuito: ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996); Octavo Circuito: National Car Rental System, Inc. v. Computer Associates Intern., Inc., 991 F.2d 426 (8th Cir. 1993); Noveno Circuito: Altera Corp. v. Clear Logic, Inc., 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005); Undécimo Circuito: Utopia Provider Systems, Inc. v. Pro-Med Clinical Systems, L.L.C., 596 F.3d 1313 (10th Cir. 2010).

329 Briarpatch Ltd., L.P. v. Phoenix Pictures, Inc. 373 F.3d 296, 306 (2nd Cir. 2004); Olivares v. University of Chicago, 213 F.Supp.3d 757 (M.D. North Carolina, 2016).

330 Johnson v. Tuff-N-Rumble Mgmt., Inc., 2002 WL 31819167 (E.D. La. 2002).

331 Katz Doehrmann & Epstein, Inc. v. Home Box Office, 1999 WL 179603, pág. *1 (S.D.N.Y. 1999).

332 Stromback, 384 F.3d 283.

333 Véase NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, § 1.01[B][1].

En estos casos, los tribunales intentan identificar si en el derecho estatal hay un elemento adicional (lo que se conoce como un *extra element*) que le distinga de los derechos federales en la sección 106 de la Ley de *Copyright federal* (los de reproducción, obra derivada, distribución, ejecución y presentación pública). Si lo hay, ese derecho estatal no estará ocupado.³³⁴ Por ejemplo, una reclamación estatal de *secreto de negocio* no está ocupada porque tiene el *extra element* de que, para que se configure la causa de acción, debe transgredirse la secretividad de cierta información valiosa.³³⁵ Asimismo, una causa de acción estatal por violación a derechos marcarios contiene elementos adicionales relacionados con evitar la confusión por consumidoras. Igualmente, una reclamación contractual contiene elementos adicionales relacionados con el cumplimiento de una promesa bilateral, que le distinguen de los derechos federales.³³⁶ No obstante, este *extra element* no puede ser cualquier cosa. Debe tratarse de un elemento adicional que “cambie la naturaleza de la causa de acción de modo que sea cualitativamente distinta a una causa de acción de violación a los derechos de copyright”.³³⁷ Así, la jurisprudencia y la doctrina apuntan que:

To determine whether a claim meets this standard, we must determine ‘what plaintiff seeks to protect, the theories in which the matter is thought to be protected and the rights sought to be enforced.’ *An action will not be saved from preemption by elements such as awareness or intent, which alter ‘the action’s scope but not its nature. . . .’*³³⁸

Esto último quiere decir que una causa de acción estatal de, por ejemplo, enriquecimiento injusto o apropiación ilegal (*misappropriation*) no estará salvada de desplazamiento federal solo porque contenga un elemento adicional de intención maliciosa o comercial en la *reproducción* o *adaptación* de la obra por una demandada (ambos derechos bajo la sección 106 de la ley federal). De lo contrario, el mero hecho de incluir ese ingrediente intencional dejaría intacto el carácter de una causa de acción estatal que es fundamentalmente idéntica a la federal.³³⁹ Igualmente, el mero hecho de incluir un elemento subjetivo

334 *Id.* § 1.14[C].

335 *Stromback*, 384 F.3d 283.

336 Véase *supra* nota 328.

337 *Computer Assocs. Int’l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 716 (2d Cir. 1992) (“changes the ‘nature of the action so that it is qualitatively different from a copyright infringement claim.”).

338 *Id.* en las págs. 716-17; NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306 § 1.01[B][1].

339 *Briarpatch Ltd., L.P v. Phoenix Pictures, Inc.*, 373 F.3d 296, 306 (2d Cir. 2004) (“the elements of awareness or intent, the enrichment element here limits the scope of the claim but leaves its fundamental nature unaltered”). Según lo articula al tratadista Nimmer, “the mere fact that a state law requires *scienter* as a condition to liability, whereas the Copyright Act does not, cannot save the state law from preemption”. NIMMER & NIMMER, *supra* nota 309, §1.14. Sobre el desplazamiento de una causa de acción estatal de *misappropriation* o apropiación indebida véanse *Stromback v. New Line Cinema*, 384 F.3d 283, 301-302 (6th Cir. 2004); *Daboub v. Gibbons*, 42 F.3d 285, 289 (5th Cir.1995); *Ehat v. Tanner*, 780 F.2d 876, 878 (10th Cir.1985). NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, § 1.15 (“legions of cases have held preempted claims for misappropriation”). Una línea limitada de jurisprudencia concibe acomo no desplazada una causa de acción de *misappropriation* para los casos de los llamados *hot news*, como progenie de *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918). Las decisiones que han reconocido la validez de esta reclamación por apropiación de *hot news* lo hacen en las circunstancias muy específicas de

en el lado de la *demandante* (es decir, la ofensa al honor que la reproducción o alteración de la obra genera) debe ser insuficiente para constituir el *extra element*. Para ilustrar con un ejemplo hipotético, una causa de acción estatal por violación a un derecho de *reproducción* de obras protegidas por la ley federal no se salva de desplazamiento solo porque la ley estatal disponga que la reproducción (para que sea ilegal en el estado) debe *causar malestar* a la autora. Ese elemento subjetivo no debe ser suficiente para distinguirlo del derecho federal, de la misma forma que el elemento subjetivo de *intención* de una demandada es irrelevante. Ello pues, todo acto de reproducción, adaptación y distribución no autorizada tiene el potencial de incomodar, ofender y molestar a una autora. Aceptar esos elementos subjetivos de una demandante como *extra elements*, en este ejemplo hipotético, convertiría a casi todas las reclamaciones por autoras naturales bajo la ley federal en una violación a la ley estatal, tornando inoperante el esquema de desplazamiento y el texto estatutario. Puesto de otro modo, articula el tratadista Nimmer, un derecho estatal que se viola por el mero acto de reproducción, distribución, adaptación, ejecución y presentación pública es por necesidad un derecho estatal *equivalente* y, por tanto, desplazado por la ley federal.³⁴⁰

A modo de ejemplo, consideremos una situación recientemente atendida por el Nove-no Circuito el caso de *Chuck Close v. Sotheby's*,³⁴¹ relativo al derecho de distribución y las limitaciones en la ley federal a ese derecho. El caso consideró la *California Resale Royalty Act*.³⁴² Esta ley requería que la dueña de una obra de arte (por ejemplo quien la haya adquirido de la artista) pague a la artista el cinco por ciento del total de la reventa de esa obra a otra persona.³⁴³ Esta es una versión de lo que se conoce como el *droit de suite* en algunos regímenes de derechos morales, concebido como un híbrido patrimonial y moral.³⁴⁴ En Puerto Rico, este derecho existió por veinticuatro años hasta el 2012 (cuando se aprobó la ley actual), por virtud de la anterior *Ley de derechos morales de 1988*.³⁴⁵ El tribunal resolvió

esos casos, en que un competidor se apropia de información fáctica cuyo valor depende de su inmediatez. Véase *National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997); *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F.3d 876 (2d Cir. 2011).

³⁴⁰ NIMMER & NIMMER, *supra* nota 306, §1.14 (“in essence, a right that is “equivalent to copyright” is one that is infringed by the mere act of reproduction, performance, distribution, or display. The fact that the state-created right is either broader or narrower than its federal counterpart cannot save it from preemption. Hence, the mere fact that a state law requires *scienter* as a condition to liability, whereas the Copyright Act does not, cannot save the state law from preemption.”); *Computer Assocs. Int'l*, 982 F.2d 693, en la pág. 716.

³⁴¹ *Close v. Sotheby's, Inc.*, 894 F.3d 1061 (9th Cir. 2018).

³⁴² Cal. Civ. Code § 986.

³⁴³ Cal. Civ. Code § 986(a) (“Whenever a work of fine art is sold and the seller resides in California or the sale takes place in California, the seller or the seller’s agent shall pay to the artist of such work of fine art or to such artist’s agent 5 percent of the amount of such sale.”). (El concepto de *Fine Art* se limita en esta ley a “an original painting, sculpture, or drawing, or an original work of art in glass”) (Cal. Civ. Code §986(c)(2)).

³⁴⁴ SUNDARA RAJAN, *supra* nota 71, en la pág. 443 (2011).

³⁴⁵ Ley de Derechos de Autor, Ley Núm. 96 del 15 de julio de 1988, 31 LPRA §1401h. El artículo 359h del Código Civil, 31 LPRA § 1401h, establecía que:

Toda persona que cree una obra de arte tiene derecho a percibir un cinco (5) por ciento del aumento en el valor de dicha obra al momento de ésta revenderse. Dicha cantidad será deducida de lo que perciba el vendedor, y su agente o mandatario serán solidariamente responsables por esta cuantía. En aquellos casos en que se desconozca el paradero del autor, la cantidad resultante se depositará a su nombre en una cuenta especial a ser abierta por el Registrador de la Propiedad Intelectual.

que este *droit de suite* está desplazado por la ley federal bajo la cláusula de *preemption* expreso. El desplazamiento ocurre porque el derecho de distribución que tiene la autora está limitado por la doctrina de *first sale* o agotamiento.³⁴⁶ Esta doctrina implica que, una vez una autora vende o distribuye una copia de su obra, sus derechos de distribución sobre esa copia en particular se agotan, y la compradora de esa copia está en la libertad de hacer lo que quiera con ella (no con la propiedad intelectual, sino con la copia específica). Por eso es que existen las tiendas de libros usados, o iniciativas comunitarias como Libros Libres,³⁴⁷ sin que la autora pueda objetar o limitar la reventa: una vez esa autora se despoja de esa copia del libro, y se le “agotan” los derechos de distribución sobre esta, la nueva adquirente puede revenderla, alquilarla, regalarla o usarla como calzo de una mesa coja si prefiere. En la medida en que la obligación de pagar a la autora el cinco por ciento de la reventa, luego de que sus derechos sobre esa copia se agotaron conforme a la doctrina de “*first sale*”, la ley de California—encontró el tribunal—modifica el derecho de distribución federal y limita los derechos de reventa que la *Ley de Copyright federal* garantiza a quien la adquirió.³⁴⁸ En este sentido, aunque los derechos bajo la ley de California y la ley federal “are not coextensive, they are equivalent”,³⁴⁹ debido a que “at root, both concern the distribution of copies of artwork and define artists’ right (or lack thereof) to payment on downstream sales of those copies”.³⁵⁰

A la luz de lo anterior, examinemos el desplazamiento como cuestión constitucional de los derechos en la ley de Puerto Rico. Tomemos como punto de partida el derecho a mantener la *integridad* de la obra bajo el derecho puertorriqueño, para más adelante tomar el derecho de atribución.³⁵¹ Sabemos que existe una visión muy expansiva de lo que constituye una “mutilación” de la obra. Así, según *Cotto Morales* se mutila la obra cuando

346 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. 519 (2013); 17 USC § 109.

347 *Libros libres*, FACEBOOK, <https://www.facebook.com/libroslibrespr/> (última visita 4 de febrero de 2021).

348 *Close v. Sotheby’s, Inc.*, 894 F.3d 1061, 1070 (9th Cir. 2018) (“Although the CRRA’s resale royalty right and § 106(3)’s distribution right are not coextensive, they are equivalent. The two rights differ in that one grants artists the right to receive a percentage payment on all sales of artwork after the first, while the other grants artists the right to receive full payment on the first (and only the first) sale. But, at root, both concern the distribution of copies of artwork and define artists’ right (or lack thereof) to payment on downstream sales of those copies”).

349 *Id.* en la pág. 1071.

350 *Id.* Al mismo tiempo, el tribunal federal para el Noveno Circuito, por razones de *stare decisis* (y no porque haya realizado su propio análisis de campo ocupado constitucional), mantuvo en vigor una decisión de 1980 (*Morseburg v. Balyon*, 621 F.2d 972, 977-978 (9th Cir. 1980)) en la que se había sostenido la ley de California tras un análisis de cláusula de supremacía. Ello se hizo con respecto a un corto periodo de vigencia de la ley estatal antes de que entrara en vigor la *Ley de Copyright federal* en el 1978 y su cláusula expresa de campo ocupado; *Close*, 894 F.3d en las págs. 1073-74 (9th Cir. 2018). (“These decisions reinforce the first sale doctrine and contain language that might persuade us to decide *Morseburg* differently if presented to us today. But the fact that we might decide a case differently than a prior panel is not sufficient grounds for deeming the case overruled. Nothing short of “clear irreconcilability” will do”).

351 Aunque en esta discusión me concentro en el derecho de integridad, la conversación se refiere generalmente a la integridad de obras que no tienen una presencia física limitada (como composiciones musicales, literarias, reproducciones de obras de arte visual, entre otras. Cabe preguntarse si hay un espacio de acción en los estados para una ley que aborde específicamente a obras de arte visual en ejemplares limitados mayores a 200 copias (escapando la definición de “Work of Visual Art” de VARA), bajo el entendido de que el interés estatal se circunscribe a la preservación de objetos materiales concretos (un posible “extra element”) y con posible impacto limitado sobre los objetivos de la ley federal de Copyright. William Patry opina que no. Véase *supra* nota 327.

en una reproducción de un cartel en un catálogo se corta tres octavos de pulgada de área impresa (lo cual constituye esencialmente una reproducción y adaptación de la obra);³⁵² y en *Pancorbo*, se violentó el derecho de integridad al colocar porciones del programa de televisión de los demandantes en la película *Fame*, lo cual constituye una violación a los derechos de reproducción, ejecución pública y adaptación federal (especialmente cuando el derecho de integridad se violenta meramente cuando “la obra . . . [es] expuesta en un contexto objetable”).³⁵³ En ambos casos, incurrir en conducta cubierta por los derechos federales de reproducción, de realizar una obra derivada y (en *Pancorbo*) ejecución pública, sin más, fue lo que constituyó una violación al derecho de integridad.

Si tomamos la formulación más reciente de este derecho (de integridad) en la ley de Puerto Rico, el resultado sería el mismo. Ello, pues, según la Ley Núm. 55, ocurre una violación al derecho de integridad cuando hay una “*mutilación, deformación, o alteración* de la [obra], de modo que resulte en menoscabo de [los] *legítimos intereses* [de la autora] o *su reputación*”.³⁵⁴ Toda vez que el elemento de “legítimos intereses” de la autora parece completamente vacío (tomando en cuenta la forma expansiva en que el Tribunal Supremo entiende la mutilación), la mera “mutilación, deformación, o alteración” de la obra es una violación al derecho equivalente de realizar una obra derivada bajo la ley federal (lo cual incluye cualquier modificación en que la obra sea “recast, transformed, or adapted”).³⁵⁵ Igual ocurre con el menoscabo a la “reputación” como posible elemento adicional. La reputación siempre ha sido una de las preocupaciones principales del derecho moral y, sin embargo, el Tribunal nunca ha exigido mucho para demostrar este daño siendo suficiente, por ejemplo, que la obra se utilice en un contexto objetable (como el uso de la obra audiovisual en *Pancorbo*). Como se ha dicho,³⁵⁶ un elemento subjetivo en la causa de acción local no puede ser suficiente *extra element*, que evite desplazamiento federal.³⁵⁷

El desplazamiento del derecho de integridad es definitivamente aplicable a la alteración de una *reproducción* de la obra, pues resultaría claro que la ley local impide una

³⁵² Cotto Morales v. Ríos, 140 DPR 604, 624 (1996).

³⁵³ *Pancorbo v. Wometco of P.R., Inc.*, 115 DPR 495, 501-02 (1984).

³⁵⁴ Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRÁ 1401j (B)(3)(a)(2019 & Supl. 2020).

³⁵⁵ 17 U.S.C. § 106(2); 17 USC § 101 (“A “derivative work” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted.”). Considerando un lenguaje similar en la ley de California, Nimmer opina que la prohibición estatal de “alterar” una obra debe considerarse desplazada por el derecho de obra derivada, y encuentra persuasivo el argumento de que también se desplaza una prohibición a al “defacement” y “mutilation”. Véase además, NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, § 8[D][7][A] also be deemed pre-empted”).

³⁵⁶ Véase texto que acompaña las notas 342-343.

³⁵⁷ El mismo resultado se impone con respecto al derecho en la ley de Puerto Rico a “impedir la presentación pública o distribución de una obra mutilada, deformada, o alterada, de modo que resulte en menoscabo de sus legítimos intereses o su reputación” 31 LPRÁ 1401 (B)(3)(b). Este derecho es equivalente al derecho federal de “public display” unido al de adaptación (u obra derivada). Véase además, PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHT, *supra* nota 315, § 16:44 (“A number of the state statutes grant a cause of action for the display of modified versions of the work. These provisions alone would not be preempted by section 301(b)(3), since they require that the display be in a modified form. However, they may be preempted when one adds the section 106(2) right to prepare derivative works.”).

conducta cobijada directamente por la ley federal (el derecho de preparar obras derivadas). Una pregunta interesante se suscita si se tratara de una ley hipotética (inexistente en Puerto Rico) que atienda únicamente la alteración de un *ejemplar físico* limitado, a diferencia de una reproducción de la obra, en casos que las obras no estén cobijadas por VARA (como ejemplares enumerados mayores a 200 copias). Esta pregunta se atiende más adelante.

Nótese que siguiendo un análisis similar, Nimmer encuentra severos problemas de campo ocupado con respecto a las leyes de derechos morales de California,³⁵⁸ y de Nueva York,³⁵⁹ fundamentalmente por considerarlas equivalentes al derecho federal.³⁶⁰ Leyes de varios estados comparten elementos comunes con estas y se enfrentan a retos similares.³⁶¹ Cabe mencionar que a veces se apunta a estas leyes estatales como evidencia de la feliz coexistencia de ambos regímenes, porque su presencia fue señalada por los Estados Unidos al unirse al Convenio de Berna en 1989.³⁶² Ello se hizo para demostrar cumplimiento con las disposiciones del convenio (el cual exige que los estados miembros respeten ciertos derechos morales).³⁶³ Pero observadores de ese proceso concurren en que esas representaciones fueron más bien confeccionadas con el objetivo formal de minimizar obstáculos

³⁵⁸ Cal. Civ. Code § 987 (2020).

³⁵⁹ N.Y. Arts & Cult. Affr. Law § 14.01 (McKinney 2020).

³⁶⁰ NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, § 8D.07[A], 8D.08. Es de notar que la ley de Nueva York también tiene un elemento de daño a la reputación, N.Y. Arts & Cult. Aff. Law §14.03(1) (McKinney 2020). Sin embargo, ésta es considerada por Nimmer como desplazada por la ley federal tanto como la de California que no contiene dicho requisito estatutario. NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, § 8D.08. (“The New York Artists’ Authorship Rights Act would seem to be subject to the same arguments for federal pre-emption that apply to the California Art Preservation Act”). Nótese además que, aunque la ley de California no incluye ese requisito como elemento del acto infractor, esto se debe a que la ley concibe toda alteración como impactando la reputación del artista. Bajo la ley de California: “No person . . . shall intentionally commit . . . any physical defacement, mutilation, alteration, or destruction of a work of fine art”. Al mismo tiempo, la ley establece que “[t]he Legislature hereby finds and declares that the physical alteration or destruction of fine art, which is an expression of the artist’s personality, is detrimental to the artist’s reputation”, Cal. Civ. Code §987 (2020). En fin, el daño a la reputación sin más no es considerado como un “elemento adicional”.

³⁶¹ Véase, por ejemplo, Conn. Gen. Stat. § 42-116s (2015); LA. Rev. Stat. § 51:2155 (2018); ME. Rev. Stat. tit. 27, § 303; Mass. Gen. Laws ch. 231, § 85S (2017); Nev. Red. Stat. §§ 597.720-.740 (2017); N.J. Stat. § 2A:24A-7 (2019); N.M. Stat. § 13-4B-3 (2019); 73 PA. Cons. Stat. § 2107 (2018); 5 R.I. Gen. Laws § 5-62-1 (2018). Para un análisis reciente del estado de situación en la legislación de derechos morales en los estados, véase, US COPYRIGHT OFFICE, AUTHORS, ATTRIBUTION AND INTEGRITY: EXAMINING MORAL RIGHTS IN THE UNITED STATES 120-127 (2019).

³⁶² La existencia de derechos morales estatales fue uno de varios elementos en el derecho estadounidense que le hacía compatible con el Convenio de Berna. Ello también incluyó la protección análoga bajo la sección 43(a) del Lanham Act, la cual hoy día está en duda luego de la decisión del Tribunal Supremo en *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 37-38 (2003) (véase *infra* texto que acompaña notas 416-422. Al mismo tiempo, se reconoció que el cumplimiento con el Convenio de Berna no estaba predicado en una protección vigorosa de derechos morales en Estados Unidos y sí, en cambio, en la poca protección de Estados miembros del Convenio. *Final Report of Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention*, 10 Colum. VLA J. L. & Arts 513, 555 (1986). (“Although the United States does not have a statute that grants, *in haec verba*, the moral rights set forth in Article 6bis, there are substantial grounds for concluding that the totality of U.S. law provides protection for the rights of paternity and integrity sufficient to comply with 6bis, as it is applied by various Berne countries. Several do not explicitly grant moral rights in their statutes. There is not a comprehensive body of case law from each and every Berne country against which the sufficiency of U.S. law can be tested for compatibility. And the cumulative protection of U.S. law indicates that substantial recognition is provided for the right of paternity and the right of integrity, particularly given the “elasticity” of the formula for the latter right, which ‘leaves for a good deal of latitude to the courts.’”).

³⁶³ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sep. 28, 1979, Art. 6bis.

a la adhesión de los Estados Unidos, y no necesariamente porque se creyera que ese país ofrecía en ese momento protección a los derechos morales (lo que William Patry describe como “fictional compliance”).³⁶⁴ No obstante lo anterior, es importante subrayar que cualquiera que sea la protección de derechos morales en varias jurisdicciones estatales,³⁶⁵ en esos casos ello se limita a obras de arte visual de alguna manera, o *works of fine art*, contrario al amplio espectro de obras en el derecho de Puerto Rico.³⁶⁶

Hago constar que el tratadista Nimmer evalúa someramente nuestro estado de derecho y mira con consternación una decisión del Tribunal de Distrito Federal para el Distrito de Puerto Rico que concedió al cantautor puertorriqueño Glenn Monroig más de \$5,000,000 por concepto de violación a sus derechos morales en una composición musical, por encima de los daños económicos bajo la ley federal, sin que se haya considerado el problema del campo ocupado.³⁶⁷ Igualmente, y en términos más severos, el tratadista William Patry considera errada la jurisprudencia sobre campo ocupado del Tribunal Supremo de Puerto Rico estimando que “*Reynal’s approach is without any foundation*”³⁶⁸ y alertando que “[t]he largest danger lies in an unwillingness to find economic claims dressed up as droit moral claims preempted.”³⁶⁹ Y la realidad es que, en general, los tribunales federales con jurisdicción sobre Puerto Rico al momento parecen operar bajo el entendido (en muchas ocasiones implícitamente) de que el derecho moral no está desplazado por la ley federal,³⁷⁰ aunque en ocasiones se ha levantado exitosamente el reclamo de desplazamiento

³⁶⁴ William F. Patry, 5 PATRY ON COPYRIGHT § 16:3; Jane C. Ginsburg, *Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990*, 14 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 477, 478-479 (1989) (comentando sobre la aprobación de VARA la profesora Ginsburg relata que “some Berne co-Unionists had expressed doubts regarding the accuracy or sincerity of the U.S. declaration that its law already afforded a degree of moral rights protection equivalent to Berne standards. Enactment of a Visual Artists’ Rights bill, albeit a limited adoption of moral rights, may help persuade Berne partners that the U.S.’ commitment to Berne’s moral rights safeguards is genuine, if only gradually realized”).

³⁶⁵ Cabe señalar que, según Patrick Goold, cualquier desarrollos jurisprudencial hacia un *tort* de invasión de derechos morales quedó trunco con la aprobación de la *Ley de Copyright federal* de 1976. Patrick Goold, *The Lost Tort of Moral Rights Invasion*, 51 AKRON L. REV. 1093, 1120-1121 (2017) (“Arguably, the leading reason behind the stagnation was the impact of the Copyright Act of 1976. Congress chose not to adopt any significant moral rights protection during the copyright revision process. . . . Congress had the opportunity to create an American moral rights law, should they have seen fit, but chose not to do so. . . . In addition, the Copyright Act contained a new provision preempting state laws’ equivalent to the rights contained in the Copyright Act, after which courts were perhaps unwilling to develop a state law moral rights cause of action, which could potentially be subject to a preemption claim.”).

³⁶⁶ NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, § 8D.02 (“[B]oth the federal and state laws relate solely to protection for works of visual art, and have no application to other copyrightable subject matter. . . . Moral rights protection for works of visual art follows explicit but circumscribed boundaries, in contrast to the broad but amorphous protection accorded to all other types of copyrightable compositions.”). Véase además US COPYRIGHT OFFICE, AUTHORS, ATTRIBUTION AND INTEGRITY: EXAMINING MORAL RIGHTS IN THE UNITED STATES 122-23 (2019).

³⁶⁷ Monroig v. RMM Records & Video Corp., 196 F.R.D. 214, 220 (D. P.R. 2000); NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, en § 8D.09 n.8.

³⁶⁸ PATRY, 7 PATRY ON COPYRIGHT, *supra* nota 38, § 27:4 (March 2021 Update).

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ Alvarez-Rivon v. Cengage Learning Inc., No. 09-1605 2010 WL 2834953, en *3 (D.P.R., Jul. 16, 2010) (“we find no authority recognizing the preemption of Puerto Rico moral rights by federal copyright law; on the contrary, this court has consistently entertained such claims”); Feliciano Caceres v. Landfill, 239 F.R.D. 46, 54-55 (D.P.R. 2006); Venegas Hernández v. Peer Intern. Corp., 270 F.Supp.2d 207, 211, 213-14 (D.P.R. 2003); (D.P.R. 2006); Amador v. McDonalds Corp., 601 F.Supp.2d 403, 408-09, 411 (D.P.R. 2009); Ferrer v. Cotte-Torres, No. 12-1030, 2014 WL 1302473, en *1 (D.P.R. Mar. 28, 2014).

en el foro federal.³⁷¹ Ante esto, por ejemplo, William Patry ha levantado la voz de alarma. Comentando sobre una sentencia reciente del Tribunal de Distrito Federal para Distrito de Puerto Rico que concedió un remedio de monetario por violación a derechos morales,³⁷² el tratadista expresó que “[t]here is no way in the world this ruling survives 17 USC 301(a).”³⁷³ De otro lado, el desplazamiento de leyes de otros estados de derecho moral es un asunto muy poco tratado en la jurisprudencia. Los tribunales de Nueva York, considerando situaciones acaecidas antes de la vigencia de VARA, sostuvieron la validez de la ley de derechos morales en este estado, a pesar de argumentos de campo ocupado,³⁷⁴ aunque al menos en una opinión no publicada del 2003 se determinó que la ley VARA ocupó el campo con respecto a la ley estatal.³⁷⁵

Por todas las razones antes expresadas, resulta patente que el Tribunal Supremo se ha equivocado por décadas al sostener que el derecho moral de Puerto Rico no está desplazado por la ley federal, por el mero hecho de que intenta cobijar intereses autorales diferentes a la federal. A ello se le suman las instancias mencionadas anteriormente que apuntan a una hibridez entre lo moral y patrimonial en nuestro derecho, lo cual debilita sustancialmente el reclamo de pureza moral que da base a la dicotomía. En términos de la sección 301(a) de la *Ley de Copyright federal* de 1976, al menos el derecho de integridad es equivalente a derechos comprendidos por la ley federal. Meramente repetir la dicotomía, una y otra vez, no salva al derecho moral de este problema. El derecho de atribución en nuestra ley presenta retos particulares que serán discutidos más adelante. Pero, por ahora, debido a que el de integridad es el que más impacto tiene sobre los paradigmas de expresión y uso personal, continuamos el enfoque en este derecho.

³⁷¹ *Estate of Hevia v. Portrio Corp.*, 602 F.3d 34, 37 (1st Cir. 2010).

³⁷² El caso es *Estate of Leavitt-Rey v. Marrero-Gonzalez*, 2020 WL 6376649 (D.P.R. 2020). Debo divulgar que fui uno de los abogados de los músicos demandados en este caso, y mis expresiones sobre ese litigio se limitan exclusivamente a descartar lo que el académico William Patry tiene que decir sobre el estado de derecho en materia de campo ocupado en Puerto Rico.

³⁷³ PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHT, *supra* nota 315, § 16:43 (March 2021 Update).

³⁷⁴ *Wojnarowicz v. American Family Ass'n*, 745 F.Supp. 130, 135-37, 141 (S.D.N.Y. 1990); *Schatt v. Curtis Management Group, Inc.*, 764 F. Supp. 902, n.14 (S.D.N.Y. 1991); *Pavia v. 1120 Ave. of the Americas Associates*, 901 F.Supp. 620, 626-27 (S.D.N.Y. 1995). Pero véase otros casos declarando ocupada una disposición de la ley de NY que requiere consentimiento escrito para transferir derecho de reproducción al adquirente de una obra de arte. *Ronald Litoff, Ltd. v. American Exp. Co.*, 621 F.Supp. 981, 986 (S.D.N.Y. 1985); *Tracy v. Skate Key, Inc.*, 697 F. Supp. 748, 751 (S.D.N.Y. 1988).

³⁷⁵ *Board of Managers of SOHO v. City of New York*, No. 01 Civ.1226, 2003WL21403333 (S.D.N.Y. Jun. 17, 2003). Véase además, el memorando de *Cohen v. G & M Realty L.P.*, 320 F.Supp.3d 421 (E.D.N.Y. 2018), en la página 6, declarando desplazadas por VARA causas de acción de daños a la propiedad y de “intentional infliction of emotional distress” (“[T]he plaintiffs’ conversion and property damage claims are predicated on the defendants’ destruction of their artwork. But for V.A.R.A., the plaintiffs would have no right to prevent 5Pointz’s destruction by its rightful and legal owner; hence, the plaintiffs’ “moral rights” to prevent another’s disposition of his property arise purely under V.A.R.A. Because the plaintiffs’ conversion and property damage claims wholly depend on the viability of their V.A.R.A. claim, the Court finds them to be fully preempted. . . . The plaintiff’s IIED claim, meanwhile, is premised on the emotional ramifications of the defendants’ allegedly unauthorized destruction of 5Pointz. Therefore, because, but for V.A.R.A., the defendants would have had the legal right to demolish their own property, this claim is duplicative of the plaintiffs’ other two state law claims. Predicated on rights conferred by V.A.R.A., they must be deemed similarly preempted.”).

Con respecto al derecho de integridad, aun si el análisis bajo la sección 301 no resultara convincente, recordemos que este no es el fin de la historia. Como se apuntó, el análisis de campo ocupado requiere como un tercer paso, —aun luego de considerar el estatuto— que aquellas causas de acción no desplazadas por el texto de la ley sean sometidas a un análisis adicional de la Cláusula de Supremacía: a saber, en nuestro caso, un análisis de *conflict preemption*. Es decir, si la ley estatal conflige con la ley federal de forma que es imposible físicamente cumplir con ambas leyes o si la ley estatal es un *obstáculo* para alcanzar los objetivos del Congreso.

En este punto del recorrido, el desenlace de este análisis debe resultar transparente: la Ley de derechos morales de Puerto Rico constituye, sin lugar a duda, un obstáculo al cumplimiento de los propósitos y objetivos de la ley federal.³⁷⁶ Primero hay que tener claro que el objetivo del régimen de *copyright* federal *no es* exclusivamente proteger a las autoras al máximo posible. El texto de la ley, su estructura, la larga tradición jurisprudencial, el cúmulo de la doctrina, y todas las operadoras que miran al sistema desapasionadamente, apuntan con afirmación a las siguientes palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, en 1991:

The primary objective of copyright is *not to reward the labor of authors*, but “[t]o promote the Progress of Science and useful Arts. Art. I, § 8, cl. 8. To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work.³⁷⁷

Es decir que, uno de los objetivos importantes del sistema federal de *copyright* es balancear los intereses de las autoras con los de la comunidad. Por eso, más recientemente en *Kirtsaeng II*,³⁷⁸ discutiendo el problema de los honorarios de abogadas antes mencionado, ese tribunal unánimemente expresó que:

Those objectives are well settled . . . “[C]opyright law ultimately serves the purpose of enriching the general public through access to creative works.” The statute achieves that end by striking a balance between two subsidiary aims: encouraging and rewarding authors’ creations while also enabling others to build on that work.³⁷⁹

Por esta razón, en el sistema federal son tan importantes aquellos derechos de las autoras que se protegen como aquellos que *no se protegen*, pues las áreas del derecho que permiten usos no autorizados reflejan juicios legislativos sobre los balances a los que aspira este sistema de derecho, y sobre las libertades que a las usuarias y a la comunidad les

³⁷⁶ Para un análisis reciente de desplazamiento constitucional, en un caso del derecho de propia imagen, véase *In re Jackson*, 972 F.3d 25 (2d Cir. 2020).

³⁷⁷ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 349-350 (1991).

³⁷⁸ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 136 S.Ct. 1979 (2016).

³⁷⁹ *Id.* en la pág. 1986.

corresponde. Claro está, y vale repetir, no estoy sugiriendo que los balances en el derecho federal actualmente son ideales. He sido crítico de este sistema por años, y precisamente el acercamiento de cuatro paradigmas está diseñado para ayudarnos a pensar en mejores acomodados que tomen en cuenta con mayor prominencia a las usuarias y a los intereses expresivos.³⁸⁰ Pero resulta innegable que existen unos balances calibrados en el derecho actualmente, y como cuestión constitucional de la Cláusula de Supremacía, una ley estatal o de un territorio como Puerto Rico, no puede subvertirlos y obstaculizarlos. Y no cabe duda de que una ley estatal puede obstaculizar los objetivos del Congreso cuando prohíbe conducta que se dejó abierta, sin sancionar, en un esquema legislativo federal.³⁸¹

La ley federal establece estos balances de muchas maneras, dejando amplios espacios de uso no autorizado a través de limitaciones y excepciones estatutarias y jurisprudenciales. El Tribunal Supremo federal en *Kirtsaeng I*, expresó esta estructura de la siguiente manera:

Section 106 of the Copyright Act grants “the owner of copyright under this title” certain “exclusive rights”. . . . These rights are qualified, however, by the application of various limitations set forth in the next several sections of the Act, §§ 107 through 122. Those sections, typically entitled “Limitations on exclusive rights,” include, for example, the principle of “fair use” (§ 107), permission for limited library archival reproduction, (§ 108), and the . . . “first sale” doctrine (§ 109).³⁸²

El mecanismo estatutario más ilustrativo es, por supuesto, el de *fair use* que permite una gran variedad de usos que hoy serían obstaculizados por el derecho de integridad en la ley de Puerto Rico. Esto es así porque, como se ha visto, esa doctrina federal permite usos llamados *transformativos* en situaciones potencialmente objetables para una artista en nuestro derecho. El conflicto es profundo cuando consideramos que el *fair use* está en el ADN del sistema federal al menos desde 1841, cuando en *Folsom v. Marsh*,³⁸³ el juez Joseph Story lo articuló judicialmente, y hoy ha sido elevado por el Tribunal Supremo de Estados

³⁸⁰ Hiram Meléndez Juarbe, *Mercados, propiedad, expresión y uso personal: el sistema de derechos de autor*, DERECHO Y CRÍTICA SOCIAL 109, 113-15, 118-23, 125 (2015).

³⁸¹ Véase, *Arizona v. U.S.*, 567 U.S. 387, 405-06 (2012).

The legislative background of IRCA underscores the fact that Congress made a deliberate choice not to impose criminal penalties on aliens who seek, or engage in, unauthorized employment. . . . In the end, IRCA’s framework reflects a considered judgment that making criminals out of aliens engaged in unauthorized work—aliens who already face the possibility of employer exploitation because of their removable status—would be inconsistent with federal policy and objectives.

. . . .

The correct instruction to draw from the text, structure, and history of IRCA is that Congress decided it would be inappropriate to impose criminal penalties on aliens who seek or engage in unauthorized employment. It follows that a state law to the contrary is an obstacle to the regulatory system Congress chose.

³⁸² *Kirtsaeng*, 568 U.S. en la pág. 523.

³⁸³ *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

Unidos a nivel constitucional catalogándolo como uno de los *traditional contours* de la Ley de *Copyright federal*.³⁸⁴ Por supuesto, las múltiples instancias de usos no autorizados que son permitidos por la ley federal presentan conflictos similares.³⁸⁵ Además, puede haber conflicto cuando la titular de los derechos patrimoniales bajo la ley federal es diferente a la titular de los derechos morales bajo la ley de Puerto Rico, y estos tienen planes distintos sobre el uso de la obra.³⁸⁶

En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha mirado potenciales conflictos entre el derecho de propiedad intelectual y otros sistemas de protección estatal. Por un lado, ha encontrado leyes estatales desplazadas por el derecho federal cuando intentan proveer protección a inventos y creaciones utilitarias, (como lámparas,³⁸⁷ sistemas de iluminación,³⁸⁸ y cascos de barco),³⁸⁹ que caerían bajo el ámbito del derecho de patentes y que —bajo ese derecho— no estarían protegidas. En esos casos, ha razonado el Tribunal Supremo que “los estados no pueden ofrecer una protección similar a la de patentes a creaciones intelectuales que, de otro modo, estarían desprotegidas como cuestión de derecho federal”.³⁹⁰

³⁸⁴ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012).

³⁸⁵ Véase *supra* texto que acompaña notas 83-91.

³⁸⁶ Esta posibilidad puede darse en una diversidad de contextos. Por ejemplo, cuando una persona realiza una obra bajo la doctrina de *work for hire*, el derecho federal establece que la empleadora o quien comisiona la obra es la “autora” (y dueña) de la misma. 17 U.S.C. § 201(b). Bajo el derecho de Puerto Rico, las obras realizadas bajo una relación análoga a la *work for hire* no generan derechos morales. Ley de derechos morales de autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, 31 LPRA § 14010 (2019 & Supl. 2020). En la medida en que haya sintonía entre lo que constituye *work for hire* para la ley federal y lo que constituye un “trabajo hecho por encargo” en la de Puerto Rico, no habría posibilidad de conflicto. 31 LPRA § 1407j. Pero sí es posible el conflicto en caso de que el Tribunal Supremo de Puerto Rico interprete las disposiciones de la ley local sobre la obra realizada por encargo de forma que favorezca a la persona natural. En el contexto universitario, este puede ser el caso de la llamada *faculty exception* a la doctrina de *work for hire* que algunos tribunales federales han adoptado. *Weinstein v. University of Illinois*, 811 F.2d 1091 (7th Cir 1987); *Hays v. Sony Corp. of America*, 847 F.2d 412 (7th Cir 1988). Si, por ejemplo, se resuelve que no existe la *faculty exception* en la ley federal (y ausente un licenciamiento o acuerdo entre facultad e institución) las obras creadas por profesoras y profesores serían titularidad de la universidad. Si, al mismo tiempo, se resuelve en Puerto Rico que en efecto sí existe esta excepción (por lo que la facultad retendría derechos morales en obras de su creación), habrá un alto potencial de conflicto entre la persona y la institución. En ese caso, ¿podrá el derecho moral impedir a la universidad ejercer a plenitud sus derechos bajo la Ley de *Copyright federal*? La contestación debe ser negativa, conforme a la Cláusula de Supremacía, ausente un acuerdo entre las partes o licenciamiento a la facultad (como puede ser una política universitaria reconociendo derechos a la facultad). Esta problemática es cada vez más compleja, en la medida en que las universidades se mueven a la enseñanza en línea y el valor de la producción académica adquiere una nueva dimensión. Para una reflexión en torno a este problema, véase, Hiram Meléndez Juarbe, *Universidad y Producción Académica*, DERECHOALDERECHO (28 de octubre de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/10/28/universidad-y-produccion-academica/>.

³⁸⁷ *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964).

³⁸⁸ *Compco v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (1964).

³⁸⁹ *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 144 (1989).

³⁹⁰ *Id.* en las págs. 156-57 (traducción suplida).

States may not offer patent-like protection to intellectual creations which would otherwise remain unprotected as a matter of federal law. Both the novelty and the nonobviousness requirements of federal patent law are grounded in the notion that concepts within the public grasp, or those so obvious that they readily could be, are the tools of creation available to all. They provide the baseline of free competition upon which the patent system’s incentive to creative effort depends. A state law that substantially interferes with the enjoyment of an unpatented utilitarian or design conception which has been freely disclosed by its author to the public at large impermissibly contravenes the ultimate goal of public disclosure and use which is the centerpiece of federal patent policy.

Al mismo tiempo, ese Tribunal ha sostenido leyes estatales de secreto de negocio como compatibles, e incluso complementarias, al derecho de patentes por las características particulares de cada sistema,³⁹¹ y por el hecho de que ese sistema (el de secretos de negocio) “no conflige con las políticas federales de promover la creación de inventos patentables y la divulgación de esos inventos”.³⁹² De otro lado, bajo la ley anterior de 1909, y antes de que el Congreso reconociera en 1972 derechos autorales sobre las grabaciones sonoras (*sound recordings*), el Tribunal validó en *Goldstein v. California*, como no desplazada una legislación estatal que prohibía la reproducción y venta no autorizada de grabaciones sonoras (nuevamente, no protegidas en ese momento por la ley federal) en, por ejemplo, cintas de audio o casetes (*bootlegging*).³⁹³ La protección estatal de grabaciones sonoras no presentó para el Tribunal un conflicto, comparable al de los casos de patentes, que obstaculizara los balances en la *Ley de Copyright federal* porque, particularmente con relación a este tipo de obra, el Congreso había dejado el espacio desatendido.³⁹⁴ Lo que el Tribunal Supremo nunca ha atendido es el caso de una *mini ley estatal de copyright* (abarcadora como la nuestra) que, esencialmente, cubra todo tipo de obra imaginable y controle la forma en que se realizan todo tipo de reproducciones, distribuciones, alteraciones de obras protegidas por el derecho federal, aun en aquellos casos en que se trate de usos autorizados por limitaciones y excepciones que son esenciales al sistema estatutario.

En vista de todo lo anterior, por tanto, no cabe duda de que el sistema de derechos morales puertorriqueño —al menos en cuanto al derecho de integridad— está ocupado por la ley federal porque: (1) en cuanto a las obras que cualifican como *Works of Visual Arts*, provee derechos equivalentes a los de VARA (bajo la sección 301(f));³⁹⁵ (2) en cuanto a obras que no constituyen *Works of Visual Art*, provee derechos equivalentes a la ley federal

Moreover, through the creation of patent-like rights, the States could essentially redirect inventive efforts away from the careful criteria of patentability developed by Congress over the last 200 years.

Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989).

³⁹¹ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470 (1974).

³⁹² *Bonito Boats, Inc.*, 489 U.S. en la pág. 155-56 (traducción suplida) (citas omitidas) (“Several factors were critical to this conclusion. First, because the public awareness of a trade secret is by definition limited, . . . ‘the policy that matter once in the public domain must remain in the public domain is not incompatible with the existence of trade secret protection.’ Second, . . . ‘[t]rade secret law provides far weaker protection in many respects than the patent law.’ . . . Finally, certain aspects of trade secret law operated to protect noneconomic interests outside the sphere of congressional concern in the patent laws. As the Court noted, ‘[a] most fundamental human right, that of privacy, is threatened when industrial espionage is condoned or is made profitable.’”)

³⁹³ *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973).

³⁹⁴ El Tribunal lo explicó de la siguiente manera:

The application of state law in these cases to prevent the copying of articles which did not meet the requirements for federal protection disturbed the careful balance which Congress had drawn and thereby necessarily gave way under the Supremacy Clause of the Constitution. No comparable conflict between state law and federal law arises in the case of recordings of musical performances. In regard to this category of ‘Writings,’ Congress has drawn no balance; rather, it has left the area unattended, and no reason exists why the State should not be free to act.

Id. en las págs. 570-71. Véase también Jennifer E. Rothman, *Copyright Preemption and the Right of Publicity*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 199, 240-41 (2002).

³⁹⁵ 17 U.S.C. § 301(f) (2018).

de conformidad con la sección 301(a),³⁹⁶ y (3) por la forma en que el derecho de integridad obstaculiza los balances establecidos en el régimen federal bajo el derecho constitucional de campo ocupado.

Podría plantearse que el conflicto es patente *solamente* en aquellos casos específicos en que el derecho de integridad interfiere con excepciones y limitaciones a los derechos federales cuando la ley federal permite cierto uso; pero que, al mismo tiempo, no se obstaculizan los objetivos de la ley federal cuando el ejercicio del derecho de integridad coexiste con una prohibición de la ley federal y, en cierto modo, la *complementa* (es decir, por ejemplo, cuando hay una violación a la integridad en el derecho local y al mismo tiempo es una violación a la ley federal porque no hay posibilidad de *fair use*). Esta eventualidad, sin embargo, no salva al sistema actual de conflictos con los objetivos de la ley federal.

Para ilustrar este punto tomemos, por ejemplo, el escenario de quien realiza una obra derivada sin permiso, sin que le cobije alguna excepción al derecho de las titulares, y que al mismo tiempo incurra en una violación al derecho de integridad. Esta persona sería responsable conforme al esquema estatutario federal (que incluye un sistema de daños y remedios muy concreto, incluyendo disposiciones para el *innocent infringer*, daños estatutarios o daños reales de carácter económico, bajo una estructura de responsabilidad sin culpa).³⁹⁷ En ese caso, el sistema de daños morales *añade a ese esquema de daños* otros remedios también monetarios por una serie de factores indeterminados (es decir, daño a la reputación) que afectan ese esquema (tómese, por ejemplo, el caso de los honorarios de abogadas antes discutidos, y la partida de daños millonaria otorgada a Glenn Monroig).³⁹⁸ Crucialmente, el sistema de remedios federal concede a las titulares la discreción absoluta para decidir qué causas de acción llevar, lo cual permite calibrar (por razones personales o reputacionales) cuáles alteraciones resultan lo suficientemente objetables como para recurrir al tribunal (por lo cual, ya se ven servidos estos intereses de reputación en la discreción otorgada a la titular).³⁹⁹ Más allá de esto, un sistema de campo ocupado que desplace la ley *solamente* cuando la actuación sea *fair use*, pero no desplace la ley local cuando se “complementen” sería difícil de administrar. Si la reclamación de derechos morales se lleva a cabo en un tribunal de Puerto Rico, ese tribunal tendría que realizar un análisis de *fair use bajo la ley federal* para determinar si desestima el caso por desplazamiento. Este sería un resultado disonante con la tradición de evaluación casuística de *fair use* por los tribunales federales (y no por tribunales estatales) quienes históricamente se han reservado esa facultad, y por el claro mandato legislativo de que sea el foro federal el que tenga jurisdicción exclusiva sobre las causas de acción que surjan al amparo de la ley federal.⁴⁰⁰ A fin de

³⁹⁶ *Id.* § 301(a).

³⁹⁷ *Id.* §§ 502-505.

³⁹⁸ *Monroig v. RMM Records & Video Corp.*, 196 F.R.D. 214, 220 (D.P.R. 2000).

³⁹⁹ Para una exploración del ámbito de discreción que ejercen las autoras en la defensa (y no defensa) de sus derechos, véase Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617 (2008).

⁴⁰⁰ Una vez se determina que una reclamación está ocupada bajo la *Ley de Copyright federal* de 1976 aplica la doctrina de *complete preemption* lo cual quiere decir que el único foro que puede ver el caso es el federal. Véase WILLIAM F. PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHTS § 17:23, citando a *Lontz v. Tharp*, 413 F.3d 435, 440-441 (4th Cir. 2005) (“[w]hen complete preemption exists, there is ‘no such thing’ as the state action, since the federal claim is treated as if it appears on the face of the complaint because it effectively displaces the state cause of action. Com-

cuentas, “copyright cases are not currently within state court jurisdiction and thus state court judges lack expertise and experience in copyright matters”.⁴⁰¹

La pregunta restante es si el mismo análisis se impone con respecto al derecho de atribución. Si seguimos los tres pasos del análisis antes descrito, la contestación es en la afirmativa aunque menos contundente.

Primero, ya sabemos que, si la obra constituye un *Work of Visual Arts*, el derecho de atribución en Puerto Rico está desplazado por VARA, pues también incluye ese derecho.

Segundo, con respecto a la disposición de campo ocupado de la *Ley de Copyright federal* de 1976, el asunto es menos claro. Ello, porque la ley federal sólo desplaza *equivalent rights* y la realidad es que la ley federal no incluye (salvo para el caso de *Works of Visual Art*) el derecho de atribución.⁴⁰² Por eso, es concebible argumentar que esa sección de *preemption expreso* no desplaza el derecho de atribución local. Esta conclusión, a mi juicio, admite un argumento contrario. Aunque no es un derecho en la ley federal, el reconocimiento de autoría sobre una obra está muy relacionado con los demás derechos en la sección 106 de la ley federal.⁴⁰³ En *Jacobsen v. Katzer*, el *Federal Circuit* resolvió que una licencia *open source* de un programa de computadoras que exigía el derecho de atribución no era meramente una obligación *contractual* a dilucidarse bajo el derecho estatal (en el foro estatal).⁴⁰⁴ En cambio, se trataba de una *licencia de copyright* federal íntimamente relacionada con los derechos federales y sus objetivos, que debe ser propiamente atendida en el foro federal como una infracción de los derechos de la ley federal. La razón para esta interrelación es que la atribución permite conocer sobre el uso subsiguiente de la obra, lo cual permite a la autora ejercer sus derechos federales efectivamente. Por esto, la condición de atribución impuesta por autoras en licencias abiertas, como las de *Creative Commons*, son efectivas y susceptibles de reclamación judicial bajo la *Ley de Copyright federal*.⁴⁰⁵ En palabras del tribunal:

The attribution and modification transparency requirements directly serve to drive traffic to the open source incubation page and to inform downstream users of the project, which is a significant economic goal of the

plete preemption thus ‘transform[s] the plaintiff’s state-law claims into federal claims’). *Complete preemption* no debe confundirse con el hecho de que hay ciertas reclamaciones estatales que no están desplazadas (como, por ejemplo, reclamaciones contractuales). A lo que se refiere esta doctrina es que, cuando están desplazadas, lo que procede es un *removal* al tribunal federal. Véase, en general, PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHTS § 17:23. Cuando una reclamación estatal no está desplazada (ya sea porque no entra bajo los criterios de la sección 301 o porque la Cláusula de Supremacía no le impide), en esos casos se trata de una reclamación estatal no removible al foro federal. *Id.*

⁴⁰¹ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT SMALL CLAIMS: A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS 51 (2013).

⁴⁰² *Wolfe v. United Artists Corp.*, 583 F. Supp. 52, 56 (E.D. Pa. 1983) (“failure to give plaintiff proper authorship credit in the Works . . . [is] not [a] Copyright Act [claim].”).

⁴⁰³ 17 U.S.C. § 106 (2018).

⁴⁰⁴ *Jacobsen v. Katzer*, 535 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

⁴⁰⁵ Véase CREATIVE COMMONS, <https://creativecommons.org> (última visita 4 de febrero de 2021).

copyright holder that the law will enforce. Through this controlled spread of information, the copyright holder gains creative collaborators to the open source project; by requiring that changes made by downstream users be visible to the copyright holder and others, the copyright holder learns about the uses for his software and gains others' knowledge that can be used to advance future software releases.⁴⁰⁶

Bajo este *ratio decidendi*, es razonable concluir que el derecho de atribución está lo suficientemente relacionado a los derechos bajo la sección 106, como para plantear *equivalencia* bajo la cláusula de campo ocupado. Me inclino a pensar, sin embargo, que esta interpretación estiraría demasiado el texto estatutario en la sección 301,⁴⁰⁷ por lo que la mejor lectura es que la atribución no es un *equivalent right*.

El problema, no obstante, es que lo anterior no salva al derecho de atribución de un análisis constitucional bajo *conflict preemption*. Para esto es importante entender que el derecho de atribución podrá ser reclamado por la autora bajo circunstancias en que una persona está realizando (legítima o ilegítimamente) actividades cubiertas bajo derechos federales (como el de reproducción, obra derivada, distribución, presentación y ejecución pública). En esos contextos, una autora que exige atribución interfiere con la realización de actos constitutivos de esos derechos federales (y sus excepciones).

Imaginemos, por ejemplo, que una persona está realizando una distribución de una obra derivada de una canción que, a su vez, constituye *fair use*. En un caso como ese, bajo el derecho federal, no tendría la obligación de pedir permiso ni reconocer la autoría de la canción que le sirvió de base. ¿Quién (de cierta edad) no recuerda la parodia de Los Rayos Gamma “*A gastar*”, basada en la canción “*A volar*” de Menudo,⁴⁰⁸ en el disco de *Dígame si es o no cierto*?⁴⁰⁹ No cabe duda de que la versión de *Los Gamma* constituye una parodia privilegiada por el derecho federal, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por tanto Los Rayos Gamma no tienen obligación alguna —en el derecho federal— de reconocer las autoras de la canción de Menudo, ni de pedir permiso para realizarla.⁴¹⁰ Como cuestión de hecho, *Los Gamma* sí reconocieron la autoría de los compositores de *A Volar*, pero el punto es que no estaban requeridos a hacerlo por la ley federal.

Ahora bien —de no haber reconocido la autoría— bajo el derecho puertorriqueño, los autores de *A Volar* podrían impedir una actividad ampliamente apoyada por las libertades dejadas a disposición de *Los Gamma* por la doctrina de *fair use* (es decir, realizar y distribuir la parodia sin permiso, y sin atribución), obstaculizando los claros objetivos y balances en el sistema de *copyright*.

406 *Jacobsen*, 535 F.3d en la pág. 1382 (énfasis suplido).

407 Esto no implica que el análisis esté equivocado en el contexto de *Jacobsen v. Katzer*, que versa sobre la diferencia entre una condición en una licencia y una cláusula contractual. Sobre la diferencia entre una licencia de derechos propietarios y una condición contractual véase *MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc.*, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010).

408 Menudodelux, *Menudo – A Volar – 1982 a Baloon*, YOUTUBE (31 de marzo de 2010), <https://www.youtube.com/watch?v=dckTOAlfyw4>.

409 *LOS RAYOS GAMMA, A gastar*, en *DÍGAME SI ES O NO CIERTO* (1982).

410 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

El conflicto que presenta el derecho de atribución debe verse también a la luz de *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox*.⁴¹¹ Ese caso versó sobre un conflicto entre el derecho de copyright federal y el *Lanham Act*, es decir, un problema de conflicto a nivel horizontal (entre dos leyes federales), y no a nivel vertical (relación estado/gobierno federal).

En ese caso, Twentieth Century Fox había desarrollado una serie de televisión sobre la Segunda Guerra Mundial (*Crusade in Europe*), basada en un libro de Dwight Eisenhower. Por razones que no es necesario elaborar, esa serie de televisión entró al dominio público. Una vez en el dominio público, *Dastar Corp.* adquirió una copia de estos vídeos, los editó y distribuyó una versión abreviada de *Crusade in Europe* como bien podía hacer. Ahora, en lugar de reconocer que la obra estaba basada en el libro de Eisenhower o que fue realizada por otras entidades, *Dastar Corp.* colocó su logo en la introducción a la serie abreviada.

Por ello, Fox demandó bajo el *Lanham Act* en lo que esencialmente fue una reclamación de violación al derecho de atribución. Claro, así no se le llamó porque, salvo por VARA, no existe un derecho de atribución en la ley federal. En cambio, se trató de una reclamación por “*reverse passing off*”, que es cuando alguien vende un producto en el mercado que proviene de otra fuente como si fuera suyo. La sección 43 (a)(1)(A) del *Lanham Act* sí crea una causa de acción por *reverse passing off* cuando prohíbe el que una persona “[use] in commerce any. . . *false designation of origin*. . . which. . . is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to. . . *the origin*. . . of his or her goods, services, or commercial activities. . .”.⁴¹² Fox argumentó que *Dastar Corp.* violó esta disposición al designar falsamente el *origen* de la serie y omitir a las autoras originales. El Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que el sistema de competencia desleal en la *Lanham Act* no puede extenderse de esa manera, puesto que chocaría inapropiadamente con el carácter público de una obra que ya no está protegida por la *Ley de Copyright federal* (ya estaba en el dominio público).

En términos técnicos, el Tribunal Supremo de Estados Unidos interpretó que el “*false designation of origin*” se hubiese configurado si *Dastar Corp.* hubiese tomado objetos físicos (los casetes) de la serie original y reempacado bajo su nombre. Pero el sistema marcario y de competencia desleal no puede extenderse de esta forma a *productos comunicativos* intangibles como la propiedad intelectual. Para estos es el sistema de *copyright*, con los balances estatutarios que allí se proveen y, prominentemente, omitiendo el derecho de atribución. Sobre el argumento de la demandante, el Tribunal Supremo indicó que:

[C]auses the *Lanham Act* to conflict with the law of copyright, which addresses that subject specifically. The right to copy, and to copy without attribution, once a copyright has expired . . . passes to the public. The rights of a . . . copyright holder are part of a “carefully crafted bargain,” under which, once the . . . copyright monopoly has expired, the public may use the invention or work at will and without attribution.⁴¹³

⁴¹¹ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003).

⁴¹² 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(A) (énfasis suplido).

⁴¹³ *Dastar Corp.* 510 U.S. en las págs. 33-34. (énfasis suplido).

En su acostumbrado estilo, el Juez Scalia advirtió en la opinión que permitir una causa de acción como esta crearía “*a species of mutant copyright law*” que limitaría el derecho del público a utilizar obras cuyos derechos han expirado.⁴¹⁴

Dastar Corp., como se ha dicho, es un caso donde se enfrentan dos leyes federales. Pero no hay razón para pensar que su razonamiento es inaplicable a la Ley de derechos morales de Puerto Rico en el contexto de realizar el análisis constitucional de supremacía.⁴¹⁵ Ello, pues, como expresé con el ejemplo de *Los Rayos Gamma*, insistir bajo el derecho de un territorio o un estado en un derecho de atribución, obstaculiza que se manifiesten las políticas públicas y los balances en la *Ley de Copyright federal* que —como subrayó *Dastar Corp.*— omitió el derecho de atribución. Ello es particularmente cierto si consideramos que, cuando en efecto se reconoció la atribución federalmente, se estableció expresamente en VARA a través de un esquema detallado y solo para un grupo limitado de obras.⁴¹⁶ De hecho, en las pocas líneas que Nimmer dedica a nuestro estado de derecho, precisamente señala que la glosa del Tribunal Supremo federal discutiendo la existencia de una “especie de derecho mutante”, hace cuestionable que el derecho puertorriqueño sobreviva un escrutinio constitucional de campo ocupado.⁴¹⁷

C. Algunas precisiones

Hemos visto que el marco constitucional de los derechos morales es menos acogedor de estos derechos que lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Por un lado, cualquier sugerencia sobre su constitucionalización tiene que verse atemperada por la fuerte presión que el paradigma de expresión le impone, como es el caso de los derechos de personalidad en términos generales. Aun así, la realidad es que los derechos morales operan en Puerto Rico bajo la sombra del desplazamiento por el sistema de *copyright*

⁴¹⁴ *Id.* en la pág. 34. Una pregunta interesante es si la sección 43(a)(1)(B) que prohíbe “misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person’s goods” en anuncios o promociones, puede utilizarse en una promoción que incluya información incorrecta sobre la autoría (al menos en aquellos casos en que la autoría es materialmente importante para decisiones de consumidores). Las autoridades están divididas. Véase 5 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 27:78 (sugiriendo que no) y Jane C. Ginsburg, *The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, 41 HOUS. L. REV. 263 (quien entiende que sí).

⁴¹⁵ En un contexto similar, el profesor Bell reconoció el impacto de *Dastar Corp.* sobre el análisis de campo ocupado bajo la Cláusula de Supremacía. Tom W. Bell, *Misunderestimating Dastar: How the Supreme Court Unwittingly Revolutionized Copyright Preemption*, 65 MD. L. REV. 206, 243 (2006) (“*Dastar* will lead to the preemption of state law claims that escape the reach of § 301(a), but nonetheless impermissibly conflict with federal copyright law”).

⁴¹⁶ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 34-35 (2003) (“When Congress has wished to create such an addition to the law of copyright, it has done so with much more specificity than the Lanham Act’s ambiguous use of ‘origin.’ The Visual Artists Rights Act of 1990. . . provides that the author of an artistic work ‘shall have the right. . . to claim authorship of that work.’ That express right of attribution is carefully limited and focused: It attaches only to specified ‘work[s] of visual art’, is personal to the artist, and endures only for ‘the life of the author.’ Recognizing in § 43(a) a cause of action for misrepresentation of authorship of noncopyrighted works (visual or otherwise) would render these limitations superfluous. A statutory interpretation that renders another statute superfluous is of course to be avoided”).

⁴¹⁷ NIMMER & Nimmer, *supra* nota 306, § 8D.09.

federal (lo cual no ha sido adecuadamente reconocido por nuestro Tribunal Supremo). Primero, con respecto a las obras de arte visual, (según definidas por VARA), *todos los derechos* en la ley de Puerto Rico están desplazados por la disposición expresa de campo ocupado de esa ley especial. Segundo, con respecto a obras que no constituyen *Works of Visual Art*, la disposición de campo ocupado de la *Ley de Copyright federal* de 1976 tiene el efecto de desplazar el derecho de integridad, (no el de atribución), en la Ley de Puerto Rico. Finalmente, el análisis de campo ocupado bajo la Cláusula de Supremacía indica que tanto el derecho de integridad como el de atribución deben considerarse en conflicto con el derecho federal toda vez que constituyen un obstáculo para alcanzar los objetivos del sistema legislativo federal.

Esto no quiere decir, necesariamente, que Puerto Rico carece de un espacio para legislación limitada que pueda evitar el desplazamiento. Una de las dificultades más significativas del sistema actual es que provee derechos equivalentes a los federales para todo tipo de obra imaginable y, además, obstaculiza el cumplimiento con los objetivos y balances de la ley federal. Es concebible un espacio mucho más circunspecto para una ley que confiera derechos frente a la alteración de *ejemplares físicos limitados de obras de arte visual*, a diferencia de una reproducción de la obra, para obras que no estén cobijadas por VARA (como ejemplares enumerados mayores a 200 copias, por ejemplo, limitadas a 300 ejemplares).⁴¹⁸ En esos casos puede argumentarse que estas leyes, al no constituir *Works of Visual Art*, escapan al alcance de la disposición de campo ocupado de VARA aunque hay autoridad en contra de esta aseveración.⁴¹⁹

De otro lado, bajo el análisis estatutario de campo ocupado de la *Ley de Copyright federal* de 1976, concebiblemente los derechos de una ley como esta no serían equivalentes, pues constituiría un *extra element* el interés en proteger obras de arte en versiones limitadas por su escasez. Un problema con este razonamiento es que una “mutilación, deformación, o alteración” de la obra, si se trata de una transformación contemplada por el derecho de adaptación (porque la obra es “recast, transformed, or adapted”), no dejaría de ser exactamente la realización de una conducta descrita por el derecho federal a preparar una obra derivada. Como sabemos, la Ley de derechos morales de Puerto Rico no se

⁴¹⁸ Algunas leyes estatales de derechos morales restringen su cobertura obras de arte visual en reproducciones de no más de 300 ejemplares. Véase ME. REV. STAT. § (303) (1) (D); NEV. REV. STAT. § 597.720(3); N.J. STAT § 2A:24A-3(e); R.I. GEG. LAWS § 5-62-2 (20).

Durante el proceso de aprobación de la *Ley de Derechos Morales de Puerto Rico*, la Clínica de Nuevas Tecnologías, Propiedad Intelectual y Sociedad de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, propuso un proyecto alternativo con limitaciones similares. Véase Hiram Meléndez Juarbe, Alejandro Álvarez, Edgardo Canales, Isabel Fernández, Cristina Morales, *Memorial en torno al Proyecto del Senado 2263: Ley de Derechos Morales de Puerto Rico*, CNTPIS 25 de octubre de 2011.

⁴¹⁹ En la opinión de William Patry estas leyes estarían desplazadas por VARA. PATRY, 5 PATRY ON COPYRIGHT, *supra* nota 315, §16:41 (“Perhaps the principal subject matter in dispute concerns state statutes that protect works of visual art as defined in V.A.R.A. without reference to whether they are part of a limited edition, in quantities beyond the 200 specified in V.A.R.A., or without regard to the numbering or marking requirements. What about state right-of-integrity laws that protect works of visual art as defined in V.A.R.A. without regard to honor or reputation, or without regard to intent? Or state laws that extend a right to prevent destruction of a work without regard to its being a work of recognized stature? It is regrettable that the answer to all these questions appears to be that the laws are preempted, as we shall now see in our discussion of the second part of the preemption equation: equivalent rights”).

circunscribe a obras físicas y, en realidad, tiene relativamente poco que ver con estas. Pero la preocupación estatal con la preservación de obras en tanto y en cuanto objetos físicos susceptibles de desaparición, puede concebiblemente identificarse como cualitativamente distinta a las causas de acción por violación a los derechos de *copyright*.⁴²⁰ Similarmente, puede argumentarse (aunque con dificultad) que una ley circunscrita a obras físicas que no sean *Works of Visual Art* no representaría un obstáculo a los objetivos del sistema de *copyright* federal por su limitado alcance. Aun así, cabe cuestionar los beneficios de una legislación de esta naturaleza toda vez que VARA ya provee derechos análogos a obras de arte visual en cantidades limitadas.

Claro está, el análisis de campo ocupado no es aplicable a leyes de preservación histórica o cultural que en nada tienen que ver con los derechos de las autoras y sí con el ejercicio tradicional del poder de razón de Estado para preservar obras de valor histórico.⁴²¹ En estos casos, el Estado no está creando derechos privados relacionados con la ley federal, sino ejerciendo su propia autoridad para mantener el patrimonio cultural (sujeto a los límites impuestos por la cláusula de justa compensación).⁴²²

VI. Y AHORA, ¿QUÉ?

En este trabajo he realizado una evaluación crítica del régimen de derechos morales en Puerto Rico. Ello particularmente en un entorno digitalmente interconectado tomando en cuenta el interés por interactuar con los elementos de la cultura y las aspiraciones de una democracia semiótica y de una cultura democrática. El sistema de derechos morales, en particular el derecho de integridad y todo lo que implica, es problemático desde esta perspectiva y debe ser revisado desde sus premisas más básicas. Por ello, la contribución principal de Trías Monge en 1974 —cuando en *Reynal* reconoció el derecho moral por primera vez y plantó en nuestra jurisdicción la dicotomía que define el campo hoy— vista con los ojos del presente, luce a mi juicio anacrónica.

A lo anterior se suma que el derecho moral tiene un problema serio de campo ocupado que se debe abordar con apertura. Cuando en *Reynal*, y luego en *Pancorbo*, Trías Monge abordó el problema, el derecho sobre el tema estaba menos desarrollado. Por ejemplo, *Reynal* fue bajo la ley anterior y cuando se llegó a *Pancorbo* la *Ley de Copyright federal* (con sus nuevas secciones de campo ocupado) apenas tenía seis años de vigencia. Pero desde entonces el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha repetido la conclusión de no desplazamiento casi irreflexivamente bajo el hechizo de la frágil dicotomía conceptual que intenta separar lo moral de lo patrimonial.

En conclusión, el derecho moral de Puerto Rico está desplazado por el derecho federal, ya sea por las cláusulas expresas de campo ocupado, o por un análisis constitucional

⁴²⁰ *Id.* § 16:10 (“V.A.R.A.’s principal goal is to preserve the physical integrity of the physical embodiment of works of visual art, both as an expression of the creativity of the artist and to ensure that culture is passed on to future generations intact”) (Claro está, este fue uno de los objetivos de VARA, lo cual milita en contra de la sugerencia de que una ley que cubra 300 ejemplares no debe estar cobijada por VARA).

⁴²¹ Véase *supra* nota 216.

⁴²² *Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978).

de conflicto. Es posible, sin embargo, que no pueda persuadir a muchas sobre este desplazamiento. Ante ello, debo exhortar, pues, a las operadoras del derecho (a sus juezas, abogadas, estudiantes de derecho, legisladoras y demás miembros de esta comunidad) a que miren los derechos autorales de una forma mucho más respetuosa hacia los intereses expresivos y aquellos valores asociados con el uso personal. Esto puede realizarse interpretando el *fair use* de nuestra ley local de manera expansiva y rescatando la doctrina del “abuso del derecho” moral planteada por Trías Monge en *Ossorio*. Asimismo, debemos resistir la seducción del binomio moral-patrimonial y reconocer, como he planteado aquí, que hay una multiplicidad de paradigmas que pueden coexistir y que sirven mejor a nuestras aspiraciones como sociedad democrática y pluralista preocupada por un discurso público diverso y vigoroso. Por eso, las inclinaciones por constitucionalizar el derecho moral deben estar acompañadas por una consideración de los límites que la libertad de expresión le impone a los derechos de personalidad.

Con todo y lo anterior, debo enfatizar que actualmente el sistema de derecho aplicable a Puerto Rico (aun declarándose desplazado el derecho moral) toma muy en serio los intereses de las autoras. Como se ha dicho, la ley federal provee amplios remedios a todas las autoras de todo tipo de obra, incluyendo los derechos morales de atribución e integridad para ciertas obras de arte visual. Esto me parece más que suficiente. Incluso, me parece acertado limitar los derechos morales a las obras de arte visual, en sus manifestaciones físicas (y no a sus reproducciones) como hace VARA ya que, debido a la escasez de obras físicas, son susceptibles de mutilación material irreversible.⁴²³

Las autoras pueden estar mejor servidas con una revisión del derecho de *copyright* que preste atención a sus necesidades en otros frentes,⁴²⁴ en lugar de añadir en nuestra jurisdicción una capa de protección que —en última instancia— principalmente sirve para restringir el discurso público y añadir un factor multiplicador de daños en reclamaciones federales. Menciono aquí solo un ejemplo de lo que podría ser un esfuerzo reformista para mejorar la situación de las autoras. La ley federal actualmente incluye un mecanismo para que las autoras recuperen los derechos autorales de una obra, luego de transcurrir treinta y cinco años de haber transferido sus derechos a otra persona.⁴²⁵ Esta es una estructura de justicia para situaciones en que, al momento en que las autoras transfieran sus derechos a alguna entidad, el balance de poder en la negociación se incline hacia la adquirente del derecho. Resulta, sin embargo, que el proceso para recuperar los derechos está lleno de trampas estatutarias que hacen engorroso y difícil ejercer este retracto. Un sistema simplificado mejoraría la situación de las autoras. Como estos hay otros asuntos que harían del sistema uno más racional y beneficioso para la sociedad y para las autoras quienes —después de todo— son también usuarias de obras (por ejemplo, el problema de las obras

⁴²³ En un mundo en que la creación, producción y distribución de bienes de información es en ceros y unos, repensar la vigencia de los derechos morales parece pertinente. Véase Peter K. Yu, *Moral Rights 2.0*, 1 TEX. A&M L. REV. 873 (2014) y Mark A. Lemley, *IP in a World without Scarcity*, 90 N.Y.U. L. REV. 460 (2015). Véase también Amy M. Adler, *Against Moral Rights*, 97 CALIF. L. REV. 263 (2009). LANDMARK INTELLECTUAL PROPERTY CASES AND THEIR LEGACY, KLUWER LAW INTERNATIONAL 13-32 (Christopher Heath and Anselm Kamperman Sanders, eds.) (2011).

⁴²⁴ Véase AUTHORS ALLIANCE, <https://www.authorsalliance.org> (última visita 5 de febrero de 2021).

⁴²⁵ 17 U.S.C. § 203.

“huérfanas”⁴²⁶ o la extraordinaria extensión de la duración de derechos, entre otras cosas).

Expresé al inicio de este escrito que el objetivo era explorar cómo podemos —desde el derecho puertorriqueño— establecer normas jurídicas más balanceadas que den cuenta de la multiplicidad de intereses declarados en los cuatro paradigmas que he presentado. Entiendo que el campo está ocupado, por lo que, en realidad es poco lo que podemos hacer desde aquí por el derecho moral de las autoras. Por las amplias protecciones que ya existen en la *Ley de Copyright federal* y porque entiendo que es con relación a las obras de arte visual (en sus versiones únicas o en ediciones limitadas y no sus reproducciones) que más se justifica el derecho de integridad, el esquema que provee el derecho federal parece razonable en términos generales (con las reformas que todavía hay que hacerle). Por eso, y dada la existencia de estas protecciones en el contexto de la relación colonial entre Puerto Rico y Estados Unidos,⁴²⁷ la única ley de derechos autorales que aprobaría sería una que derogue el derecho moral en Puerto Rico.

Claro está, con lo anterior solo me refero a la acción legislativa en el campo de los derechos de las autoras. Hay mucho que, como país, tenemos que hacer para promover el desarrollo de la cultura y apoyar a las creadoras culturales. Así, tenemos la obligación de fortalecer económicamente a las instituciones del país, de modo que la población y la clase artística estén debidamente apoyadas en su gestión cultural,⁴²⁸ y de elaborar políticas públicas que promuevan este quehacer.⁴²⁹

Ahora bien, si se fuese a revisar el sistema de derechos morales, más allá de VARA, pensaría que un sistema para fortalecer el reconocimiento de la autoría sería más deseable que una expansión del derecho de integridad, aunque para evitar conflictos como los aquí

⁴²⁶ David R. Hansen et al., *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, 37 COLUM. J.L. & ARTS 1 (2013).

⁴²⁷ Hiram Meléndez Juarbe, *In the Red: Puerto Rico's Fiscal and Democratic Deficits Laid Bare*, 3 QUADERNI COSTITUZIONALI 1 (2017).

⁴²⁸ Véase Efrén Rivera Ramos, *Los Derechos Culturales: Crisis, Retos y Resistencias*, Conferencia Magistral 2017-2018 Cátedra UNESCO de Educación para la Paz. San Juan, Puerto Rico: Universidad de Puerto Rico. (“En cuanto a las crisis recientes, uno de los impactos más brutales lo ha recibido la Universidad de Puerto Rico. El recorte de cientos de millones de dólares a su presupuesto, los aumentos a los costos de matrícula y las medidas tomadas para absorber la austeridad impuesta, con sus efectos sobre la docencia, la investigación y el servicio a la comunidad, empieza a debilitar el proyecto cultural de mayor envergadura emprendido por el pueblo de Puerto Rico en el pasado siglo. Están por verse, además, los efectos en la educación pre-universitaria de los cierres masivos de escuelas y las reformas propuestas al sistema por el presente gobierno. Los recortes fiscales han tocado ya a otras instituciones culturales clave como el Instituto de Cultura, el Centro de Bellas Artes, el Conservatorio de Música, la Escuela de Artes Plásticas y la Corporación de Puerto Rico para la Difusión Pública”). Véase también Adriana De Jesús Salamá, *Crisis en ICP vaticina cierre del Archivo General y la Biblioteca Nacional*, NOTICEL (17 de diciembre de 2020), <https://www.noticel.com/ahora/gobierno/top-stories/20201217/crisis-en-icp-vaticina-cierre-del-archivo-general-y-la-biblioteca-nacional/>.

⁴²⁹ Sobre la importancia de las políticas culturales, véase JAVIER HERNÁNDEZ ACOSTA, *EMPRENDIMIENTO CREATIVO 202* (2020). Para una ventana a la política cultural institucional en Puerto Rico, véase también Carlos R. Ruiz Cortés, *Informe de Transición Progmató 2020*, INSTITUTO DE CULTURA PUERTORRIQUEÑA (16 de octubre de 2020), https://www.icp.pr.gov/wp-content/uploads/2020/12/ICP_TRANSICION-2020-NARRATIVO.pdf. Para un análisis de diversas áreas del ecosistema creativo en Puerto Rico con implicaciones para la política pública, véase *INVERSIÓN CULTURAL: LAB CULTURAL*, <http://www.inversioncultural.com/labcultural> (última visita 5 de febrero de 2021). Véase también AMERICANS FOR THE ARTS, [HTTPS://WWW.AMERICANSFORTHEARTS.ORG/](https://www.americansforthearts.org/) (última visita 31 de enero de 2021).

explorados, será más apropiado hacerlo desde el derecho federal. Este es un interés ampliamente reconocido por diversas comunidades de creadoras culturales, incluyendo las licencias de uso permisivo como las *Creative Commons* y que, bien diseñado, (con remedios declaratorios prospectivos, por ejemplo), tendría un impacto limitado sobre el discurso público.⁴³⁰

* * *

Al inicio de este trabajo hice referencia al trabajo de Arcadio Díaz y de la importancia que él otorgaba a la idea de *conservar transformando* o, como yo lo reinterpreté, *transformar conservando*. Expliqué que es necesario que un sistema de derechos autorales sea respetuoso de procesos culturales contemporáneos y dé aliento a prácticas de sujetos inmersos en la cultura y en procesos de creación muy distintos a los imaginados por un sistema clásico de derechos morales. No puede ser de otra manera: tomar, destruir, imaginar y soñar, reconstruir y reformular las premisas culturales en las que estamos situados es parte esencial de cómo nos expresamos en la actualidad. Un sistema jurídico que no reconozca y valore esto, debe ser descartado y dar paso a uno que atesore estos intereses.

⁴³⁰ Véase NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 215-16 (2008); Véase también ROBERTA ROSENTHAL KWALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES 149-50 (2010).