



De Gutenberg a Internet ¿Reforma o Revolución del Derecho de Autor?

MARYSOL FERREYROS CASTAÑEDA¹

Sumario: I. Una (no tan) breve aproximación. II. Una mirada rápida a más de 2000 años. 2.1. Pre Imprenta. 2.2. Post Imprenta. 2.3. Las creaciones musicales. 2.4. Los derechos conexos. 2.5. Software libre. 2.6. Creative commons. 2.7. A modo de resumen. III. Reconociendo el problema. IV. Nos acercamos al problema. 4.1. Internet. 4.2. El problema jurisdiccional. 4.3. La ley aplicable. V. Las soluciones legislativas. 5.1. Los “Tratados Internet”. 5.2. La Digital Millenium Copyright Act (DMCA). 5.3. La Directiva Europea 29/2001. VI. Nuestra opinión. 6.1. ¿Reforma o revolución? 6.2. Entonces ¿Reformamos o revolucionamos?. 6.3. El reconocimiento de una crisis. VII. Colofón. 7.1. El colectivo y su desarrollo cultural.

*Pero Jesús dijo: No puedes poner vino nuevo en odres viejos,
pues al purificarse se expande y los recipientes viejos
no pueden soportar la tensión, se rompen y todo el vino se pierde.
Los hombres no arreglan una prenda usada poniendo un remiendo
que no puede acoplarse a la tela vieja ya con el tiempo,
porque entonces parece una rasgadura más grande todavía.*

LEVI. El Evangelio de Acuario de Jesús el Cristo

I. UNA (NOTAN) BREVE APROXIMACIÓN

En nuestros días, la tecnología ha generado, entre otras, una crisis en el Derecho de Autor. Esta crisis especializada la ubicamos dentro de la gran crisis de paradigma que estamos viviendo desde los años 70: El paradigma científico o positivista del siglo XVII, en el que sólo se confía en lo que se puede constatar, por el que todo se equipara con la ciencia y a través del cual todo es objeto de experimentación, no va más.

Y si pensamos en los acontecimientos, no es difícil pensar que grandes descubrimientos, con la consecuencia de una vida más amplia, más rica, de mayores posibilidades pero también con la obligación y el temor de cambiar lo “malo conocido por lo bueno por conocer”, acompañan estas crisis.

1. Quiero agradecer a Renato Mego Morante, integrante del Estudio Ferreyros, con quien el Derecho y, especialmente la Propiedad Intelectual, adquiere un brillo especial.

Así vemos que, entre otros grandes eventos, la invención de la imprenta y el descubrimiento de América se ubican cronológicamente, antes de la gestación de un paradigma: el científico. Igualmente, todo el avance tecnológico ocurrido a partir de los años 50: el viaje a la luna, el descubrimiento de que no son 9 planetas los de nuestro sistema solar, la Internet y la era de las comunicaciones ocurren cuando la humanidad empieza a cambiar de paradigma.

Ahora bien, si comparamos los acontecimientos históricos ocurridos durante estas dos crisis encontramos ciertos aspectos en común que son relevantes para entender las crisis del Derecho de Autor, como el que la imprenta y los entornos digitales son medios que revolucionaron la forma de presentar y obtener información. Además, ambos medios masificaron el acceso a documentación y a la cultura y —paradójicamente— son ambos los medios que han masificado la piratería.

Podemos entonces realizar una primera aproximación: las soluciones tecnológicas que se convirtieron en facilitadoras del acceso a la cultura se volvieron, a su vez, herramientas para vulnerar los derechos que ellas mismas originaron.

Otro hecho para tomar en cuenta es que con los inventos nos cambian las costumbres, la forma de ver la vida y por lo tanto el lenguaje. Ahora “forwardemos”, “escaneamos”, “salvamos” “guardamos en la memoria”, “deletamos” y realizamos muchos actos mas que son parte de nuestro día a día pero que hasta hace pocos años no se nos hubiesen ocurrido. Igualmente, si vamos en el tiempo hasta antes de la creación de la imprenta encontramos que no era común, por citar un caso, hablar de “ejemplares” o de conceptos como el derecho de distribución o copia privada. Y esos ejemplares crearon la necesidad de cuestionarse respecto de los derechos que podrían asistirle a quien creaba una obra, a quien la imprimía, a quien la distribuía, e incluso, a quien la adquiría. Del mismo modo, la aparición de los entornos digitales generó al Derecho la necesidad de regular nuevas situaciones y relaciones, creando conceptos que permitan —como ocurrió después de la creación de la imprenta— dar solución a las nuevas perspectivas y situaciones generadas por el avance tecnológico.

Vemos, entonces, que fue la necesidad de proteger al creador y a su obra lo que da nacimiento al Derecho de Autor, aunque ciertamente no como lo conocemos ahora.

Esta evolución nos resultará más clara si reflexionamos sobre el desarrollo del Derecho de Autor a lo largo de la historia. Quizás la primera manifestación en defensa del Derecho Moral del Autor la encontremos en el Libro Séptimo de Marco Vitruvio, *De Architectura*, cuando señala que “(...) incurren en nuestra severa condena aquellos que, robando los escritos a los demás, los hacen pasar como propios (...)”. En este tratado de arquitectura Greco Romana del año 27 a.c. estaría una de las primeras manifestaciones de lo que hoy conocemos como el derecho de paternidad, vale decir, el de reconocer al autor de una obra su calidad de tal. Y anteriormente, en el año 387 a.c., Platón sugiere eliminar partes del texto de La Odisea que consideraba inconvenientes para lectores inmaduros, lo cual constituiría uno de los primeros intentos de vulneración de lo que conocemos como derecho de integridad de la obra. En estos casos encontramos el primer componente del Derecho de Autor: el relacionado con la obra desde la perspectiva de la persona del autor.

Como consecuencia de la difusión de las obras —como se verá más adelante— surgen los primeros atisbos de un segundo componente del Derecho de Autor: los derechos patrimoniales, entendidos como aquellos derivados de la explotación económica de la obra.

Y la protección al autor continuó evolucionando, siempre de la mano de la novedad y de los descubrimientos. Así, con la creación de nuevos mecanismos de distribución y reproducción de obras, aparecen nuevos actores relacionados con las creaciones que dieron origen a lo que hoy conocemos como derechos conexos.

En la actualidad, es sobre este doble contenido del Derecho de Autor: Moral y Patrimonial (pero sobre todo el referido a los derechos patrimoniales) que la crisis generada por los entornos digitales, nutren, como siempre, la misión del jurista y del legislador impulsándolos a crear las fórmulas necesarias para hacer frente a las nuevas situaciones.

Por lo tanto, nos toca preguntarnos si las herramientas legislativas, en lo que a Derecho de Autor se refiere, son lo suficientemente eficaces para combatir un fenómeno social que tiene como uno de sus principales aliados a la tecnología y para lo cual haremos una breve referencia a lo dispuesto en los denominados Tratados Internet, la DMCA y la Directiva Europea 29/2001, para así intentar dar respuesta a la interrogante planteada.

II. UNA MIRADA RÁPIDA A MÁS DE 2000 AÑOS

*Los libros son esa clase de instrumentos que, una vez inventados,
no pudieron ser mejorados, simplemente porque son buenos.
Como el martillo, el cuchillo, la cuchara o la tijera*

UMBERTO ECO

El Derecho de Autor — tal como lo conocemos ahora — cuyo objeto es la protección de los creadores y sus obras, con un doble contenido de derechos que lo hace *sui generis*: los morales, que atañen directamente a la persona del autor y los patrimoniales, referidos a la explotación que puede realizar el titular sobre esas creaciones, ha ido nutriéndose de los cambios producidos por los avances tecnológicos y las experiencias del pasado.

Para entender esta evolución es necesario mirar hacia atrás los procesos y fenómenos sociales ocurridos como consecuencia de dichos avances. Para ello, a veces en detalle y otras a grandes saltos, haremos un viaje rápido desde el 330 a.c. hasta nuestros días.

2.1. Pre Imprenta

En la ciudad de Alejandría se erigió —aproximadamente en el año 330 a.c. lo que constituiría el primer centro universitario de la humanidad, el mismo que contaba con 13 aulas y un anfiteatro que podría ser el antecedente de lo que conocemos hoy como Aula

Magna. En éste centro de estudios estaba situada la Biblioteca de Alejandría, la cual llegó a contar con cerca de 500,000 obras. El sistema de recolección de textos era simple: toda nave que llegaba al puerto dejaba los originales en manos de los bibliotecarios quienes copiaban los textos, se quedaban con el original y devolvían la copia.² Este quizá sea el primer antecedente de lo que conocemos actualmente como ejemplar de una obra aunque no nos queda claro si estas transcripciones que realizaban los bibliotecarios de Alejandría contaban con la autorización del autor. Lo importante, desde nuestro punto de vista, es destacar que, incluso antes de la creación de la imprenta, se realizaban actos de reproducción de obras, en este caso artesanalmente y con fines culturales.

En paralelo —recogiendo lo expresado por Delia LYPZYC³— una Ley Ateniense del 330 a.c. se refería al depósito de las obras de tres clásicos, exigiendo a los actores de interpretaciones dramáticas a respetar los textos oficiales.

El libro, como lo conocemos hoy, data de tiempo anterior a la creación de la imprenta. Así, podemos hablar de una primera etapa conocida como monástica en la que se consideraba al libro como un objeto de lujo. Ello, porque la lectura era privilegio de un determinado grupo, teniendo en cuenta además que la producción bibliográfica era realizada fundamentalmente en los monasterios. El material usualmente era el pergamino o el vitelo (un derivado especial del anterior) y las tapas eran de piel de animales, siendo las más apreciadas las hechas a base de piel de vaca. Más adelante veremos porqué es importante señalar este detalle.

Una segunda etapa la constituye la de las universidades, bajo cuya influencia los libros dejan de ser un monopolio eclesiástico debido, entre otros factores, al crecimiento de la burguesía y de las actividades comerciales. Es verdad que la reproducción de textos y la enseñanza estaban todavía en manos de la Iglesia, pero el acceso a las obras ya no es su patrimonio exclusivo. Esto generó que se incremente la demanda de libros y que, a su vez, aparezca una nueva actividad: la de los libreros. El concepto de libro como objeto de lujo empieza a perder peso: la demanda genera una reducción de costos; el acceso de civiles al conocimiento hace que se sustituya el pergamino por papel porque evidentemente tenía un costo mucho menor.

2.2. Post Imprenta

Cuando observamos la historia, el presente tiene sentido y guarda coherencia. Veamos como dos creaciones distintas como el papel y la imprenta se complementan⁴.

-
2. Este descubrimiento fue reportado por el Consejo Supremo de Antigüedades de Egipto, en base a las investigaciones realizadas por un grupo de arqueólogos egipcios y polacos. Al respecto, cfr. <http://www.campusred.net/campusdiario/20040603/repor.htm>
 3. LPSZYC, Delia. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO / CERLALC / Zavalía. Buenos Aires, 1993. pp. 28.
 4. Aún cuando en China ya habían sido inventados el papel (105 d.c por Ts'ai Lun) y la imprenta (932 d.c. por Fon in Wan según algunos o Bi Sheng según otros) nosotros, reconociendo dichas creaciones, asumimos para efectos de este trabajo los tiempos occidentales.

Previamente a la creación de la imprenta existían los libros xilográficos que eran confeccionados sobre la base de bloques de madera en los cuales iban grabados tanto el texto como los dibujos. El paso adelante respecto de dichos libros lo constituyen los impresos por los tipos móviles creados por Gutenberg en 1450⁵.

Hacia 1480 existían alrededor de 150 ciudades que contaban con imprenta, siendo las más importantes las situadas en Italia y Alemania con 50 y 30, respectivamente.

Así como habíamos hecho referencia a una etapa monástica y una etapa de las universidades, con posterioridad a la creación de la imprenta, existe una tercera etapa denominada la de los incunables y que tiene como protagonistas a Alemania e Italia. Cabe destacar que en los inicios, quienes se dedicaban a las labores de impresión eran nómades: se movilizaban de ciudad en ciudad prestando sus servicios.

A la par de Alemania, Italia se consolidó, debido a sus actividades humanistas y eclesíásticas, como el segundo centro en importancia, destacando una prolífica producción de obras incunables. Es relevante mencionar que fue en Italia donde se otorgó el primer reconocimiento de impresor, el cual fue concedido en Venecia a Juan Spira, dándole un privilegio por el que durante 5 años nadie podía imprimir las obras que se imprimían en su taller. Éste probablemente sea el antecedente más antiguo que se conoce respecto de los derechos patrimoniales que —recordemos— no existían en aquella época como concepto jurídico.

Pero la aparición de la imprenta presentaba otros problemas de clara connotación social. Y al respecto, resulta interesante el caso francés: la primera ciudad francesa donde se dispone un taller de imprenta es París. Su instalación tuvo lugar cerca de la Universidad de la Sorbona. Hacia 1460 éste taller ya se podía considerar como estable. Sin embargo, la parisina era una sociedad en la que los gremios tenían mucha fuerza y mucha gente vivía de hacer copias de forma manuscrita. Fueron estos intereses gremiales los que hicieron que se tuviera que esperar 10 años para la aparición de un taller de ubicación fija. El caso es singular, porque nos presenta la dicotomía del beneficio de un grupo social sobre el perjuicio de otro, fenómeno que también se presenta con el avance tecnológico.

En España la imprenta no llegó con la misma prontitud. No existían universidades ni una vida urbana con el movimiento de sus pares europeos. Sin embargo, debe destacarse que en 1506 se dictó una norma relativa al comercio de libros con el nuevo mundo que pretendía “proteger” a los indígenas convertidos al cristianismo de las obras de ficción. Este tipo de restricción generó lo que hoy conocemos como pie de imprenta: a fin de controlar de manera eficaz la censura, controlando la publicación de obras, se obligó a

5. Sobre el particular, debemos precisar que algunas fuentes señalan que el nombre real de Gutenberg era Johan Gensfleisch, quien era platero y orfebre y que toma ese nombre debido a que era conocido como Johan Xum Gutenberg, a quien el mundo occidental le atribuye la invención de la imprenta. La Biblia de Gutenberg —primera obra impresa— constaba de dos volúmenes de 1284 hojas de gran tamaño, teniendo cada p. en su mayoría 42 líneas. La letra utilizada por Gutenberg en dicha obra fue la gótica.

que se coloque en los ejemplares datos como el nombre del impresor, la fecha y el nombre del autor.

Apreciamos así cómo la creación de la imprenta generó una serie de cambios sociales que, a su vez, dieron nacimiento a nuevos derechos y —en natural consecuencia— nuevas obligaciones. Y fue como consecuencia de estos cambios que en 1710 se dio —salvando el caso de Juan Spira citado líneas arriba— lo que muchos llaman la primera Ley de *Copyright* de la historia o Estatuto de la Reina Ana, el que establecía que todas las obras publicadas recibían un derecho de exclusiva por un periodo de 14 años, el mismo que era renovado por una sola vez y por el mismo plazo siempre que el autor se mantuviera con vida y un plazo único de 21 años para aquellas obras publicadas antes de la vigencia del Estatuto. Y, como es natural, esto trajo consigo el problema del dominio público a través del caso *Donaldson vs. Beckett*⁶ en el que se discutió el derecho a perpetuidad del *copyright* (la Cámara de los Lores resolvió con 22 votos contra 11 de dicha propuesta).

En 1788 se dictó en España una real orden a través de la cual se reglamentó minuciosamente todo lo relativo a los periódicos. Todos los autores y traductores debían presentar los papeles firmados por sí mismos a un juez de imprentas. En esta ley se establece el cuidado del lenguaje pero en realidad son dictámenes de contención para evitar que se infiltren las ideas revolucionarias provenientes de Francia. En 1805 se promulga un reglamento real de imprentas por el que se creaba un juzgado especial centrado en ellas, cuyo cometido era dictaminar sobre las funciones de las imprentas. Este reglamento trataba de justificarse en unos hipotéticos desfases/excesos producidos por la imprenta.

En lo que a nosotros concierne, en el Perú se dicta la Ley de Propiedad Intelectual, publicada el 3 de noviembre de 1849. Esta norma amplía el primigenio concepto establecido en la Constitución de 1823 que se pronunciaba respecto de la inviolabilidad de las propiedades intelectuales. Dicha Ley dispuso que los autores de todo género de escritos y compositores de música gozaran durante toda su vida del privilegio de vender

6. Luego de la promulgación del Estatuto de la Reina Ana, algunos editores —reunidos en una agrupación denominada *Conger*— continuaban ejerciendo el derecho de exclusiva a pesar de haber vencido el plazo de 21 años. Incluso, pretendieron, vía Parlamento, obtener la ampliación de los plazos establecidos en el Estatuto. Como no obtuvieron resultado favorable optaron por la vía judicial. El argumento estaba basado en que los plazos establecidos en el Estatuto no recordaban los derechos (de perpetuidad) reconocidos por la Jurisprudencia. Alexander Donaldson, que era un librero escocés ajeno al *Conger*, fue demandado por Thomas Beckett por haber publicado obras de James Thomson, cuyo *copyright* había adquirido. Beckett se basó en una sentencia que reconocía el derecho jurisprudencial y logró que se imponga una medida contra Donaldson. Este apeló a la Cámara de los Lores, la cual en febrero de 1774 interpretó el alcance de los límites impuestos por el Parlamento en 1710: con una mayoría de dos a uno (22 a 11) votaron en contra de la idea del *copyright* a perpetuidad. Sin que importara cómo se entendiera la jurisprudencia existente, el *copyright* se fijó por un tiempo limitado, después del cual la obra protegida pasaba al *dominio público*. Antes del caso Donaldson contra Beckett, no había en Inglaterra una idea clara de qué era el dominio público; o, por lo menos, el *Conger* sí la tenía y por ello realizaron las acciones que le permitieran conservar sus derechos de exclusiva.

y distribuir sus obras y de ceder el mismo derecho; reconociendo además el carácter de dominio público sobre los derechos patrimoniales una vez vencidos los plazos de protección⁷.

A nivel internacional, en 1886 se aprueba el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el mismo que si bien ha sufrido una serie de modificaciones se mantiene vigente hasta hoy y del cual el Perú es parte desde 1988. Uno de los aportes más significativos contenidos en el Convenio es el carácter autónomo de los derechos morales y patrimoniales del autor, además de los principios de trato nacional, reconocimiento automático e independencia de la protección.

2.3. Las Creaciones Musicales

Hemos visto líneas arriba como la evolución en un aspecto determinado —el de las obras impresas— generó un desarrollo importante de respuestas a las nuevas situaciones sociales que aparecían. En el campo de las obras musicales, el avance tecnológico también trajo consecuencias que el derecho tuvo que asimilar.

En efecto, tal como lo señala Delia LIPSZYC⁸, hasta antes de la creación de las cajas de música, los autores habían aceptado que sus obras sean ejecutadas en los salones de sociedad pues les servían como medio de publicidad. Pero cuando las cajas se empezaron a producir de manera industrial y —sobre todo— comercializarse fuera de Suiza (el principal fabricante de cajas musicales), los compositores, en su mayoría franceses, ya no estuvieron tan de acuerdo. Estos empezaron a reclamar a los fabricantes de cajas el pago de una retribución por el uso de sus obras, reclamos que no rindieron frutos, pues en 1864 Francia y Suiza firman un convenio comercial en el que se acordó que la importación de cajas de música a Francia no constituía infracción al derecho de autor.

Aún más, el Acta Original del Convenio de Berna estableció que “la fabricación y venta de instrumentos que sirven para reproducir mecánicamente piezas musicales en dominio privado, no deben ser considerados como uso ilícito de obras musicales”. Esta situación cambió con el Acta de Berlín de 1908 que derogó dicha disposición y estableció que los autores de obras musicales tienen el derecho exclusivo de autorizar la adaptación de sus obras a los instrumentos que sirvan para reproducirlas mecánicamente, así como a la ejecución pública de las mismas por medio de dichos instrumentos.

2.4. Los Derechos Conexos

Entre finales del siglo XIX e inicios del XX el desarrollo de invenciones como el fonógrafo de Alva Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumiere, la radio de Hertz

7. Al respecto, cfr. KRESALJA ROSELLO, Baldo. “Informe al Tribunal Constitucional sobre el Himno Nacional”. En *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Lima, Palestra Editores. 2006. p. 386.

8. LIPSZYC, Delia. *Op. cit.* pp. 352 y ss.

y Marconi y otros mecanismos que contribuyeron a la difusión y reproducción mecánica de obras musicales y videográficas —con la aparición del cinematógrafo— generaron una nueva circunstancia, una nueva relación que debía ser abordada por el jurista: los derechos conexos. Aparecieron figuras como las del productor musical que, en razón de su inversión, a fin de publicitar una creación, también merecían una retribución y protección por su actividad. Siendo que no se trataba específicamente de Autores (porque no derivan en esencia del acto creativo sino más bien de su posterior difusión), ni de derechos propiamente de autores es que la figura de los derechos conexos va tomando forma hasta que, en 1961, se aprueba la Convención de Roma.⁹

Es necesario indicar que antes de la aprobación de la Convención ya se legislabo en materia de Derechos Conexos, como fue el caso de la ley austriaca de 1936 (primera en abordar esta materia) o la ley italiana de 1941. Asimismo debemos indicar que si bien es cierto las invenciones indicadas en el párrafo precedente constituyen un impulso a la formación y consolidación de los derechos conexos, no menos cierto es que podríamos hablar de un fenómeno similar a menor escala como consecuencia de la creación de la imprenta.¹⁰

2.5. Software libre

Es un movimiento que promueve el desarrollo de *software* de libre acceso por parte de los usuarios quienes pueden “ejecutarlo, copiarlo, modificarlo y distribuirlo” a efecto de lograr una cooperación abierta entre usuarios.

Surge en 1984, cuando Richard Stallman comienza a trabajar en el proyecto GNU¹¹ consistente en el desarrollo de un sistema operativo libre. Es a partir de éste proyecto que se crea la Free Software Foundation (FSF), organización que defiende y divulga lo que conocemos como Software Libre. De acuerdo a sus propios impulsores, el Software Libre importa el ejercicio por parte del usuario de 4 libertades:

- La libertad de usar el programa, con cualquier propósito (libertad 0).
- La libertad de estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a las propias necesidades (libertad 1).
- La libertad de distribuir copias, con lo que se puede ayudar al “vecino” (libertad 2).
- La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie. (libertad 3).

Un requisito previo para el ejercicio de las libertades 1 y 3 es que el usuario tenga acceso al código fuente del programa que es el texto creado por el programador y que es

9. LIPSZYC, Delia. *Op. cit.*, pp. 347 y ss.

10. Ídem.

11. GNU es un acrónimo de la expresión “GNU no es UNIX”. A diferencia del sistema operativo UNIX que es un software propietario, GNU es de libre acceso.

necesario para comprender el funcionamiento del programa, así como para su modificación.

Una precisión que debemos hacer es que el concepto de Software Libre no está vinculado con la gratuidad del mismo. Es conocida la existencia de gran cantidad de software gratuito en Internet pero que no tiene un código abierto (*open source*), por lo que algunos prefieren denominarlo software abierto.

Cierto es que el espíritu de éste movimiento era el de “reestablecer el espíritu cooperativo que prevaleció en los inicios de la comunidad informática suprimiendo las barreras impuestas por los propietarios de los programas”¹². Sin embargo, el ejercicio de éstas libertades, como resulta fácil de advertir, vulnera directamente el derecho moral de integridad de la obra y los derechos patrimoniales en lo que corresponde a reproducción y distribución de la obra.

Independientemente del resultado de esta propuesta, reconocemos que las ideas de Stallman constituyen, desde su perspectiva, una reacción a un sistema que perjudica al consumidor.

2.6. Creative Commons¹³

Es probablemente el movimiento “de moda”. Surge en 2001 por iniciativa del Lawrence Lessig, profesor de la Universidad de Stanford. A decir de sus miembros, Creative Commons es una iniciativa destinada a establecer un sano equilibrio entre los derechos de autor y el acceso a la cultura, aprovechando el potencial de la Internet y de las nuevas tecnologías digitales en la difusión del conocimiento, poniendo a disposición de artistas, autores, compositores y creadores en general, un conjunto de licencias flexibles de derecho de autor, pre-redactadas y configurables, para obras creativas que no sean software, utilizando para ello el esquema denominado “algunos derechos reservados”, en los que el autor conserva ciertos derechos y a la vez otorga otros derechos a los terceros que accedan a dicha obra, quienes a su vez se comprometen a respetar los usos autorizados.

Este sistema de licenciamiento —señalan sus promotores— permitirá a los usuarios, por ejemplo, reproducir la obra, realizar obras derivadas, darle un uso comercial o no comercial, comunicarla al público, etc., todo ello sin tener que pedir autorización escrita, expresa y previa al autor, pues dichos derechos ya han sido concedidos. En consecuencia, a través de estas licencias pre-redactadas, de obtención sencilla y gratuita, se supera la rigidez legal que se expresa en la frase “todos los derechos reservados”. De esta forma se simplifica el acceso a la cultura, el conocimiento e información esencial y se permiten nuevas creaciones que acrecentarán el acervo cultural de la humanidad.

12. DELGADO PORRAS, ANTONIO. “Las Licencias Creative Commons”. En *El Derecho de Autor antes los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc*. Lima, Palestra, 2006. p. 231.

13. Para mayor información vid. <http://pe.creativecommons.org>

Se trata sin duda de la propuesta más polémica de los últimos años, la cual ha ganado adeptos como también detractores. Una de las principales críticas a éste sistema está referida a la vulneración de los derechos morales, los mismos que no son mencionados en los diversos tipos de licencias pero, sobre todo, al derecho moral de integridad de la obra cuando se permite al usuario la alteración de las obras protegidas bajo éste sistema.

Asimismo, se les critica el hecho de crear un sistema que colinda con el dominio público en base a la llamada “cultura libre” sin intermediarios, que flexibiliza las posibilidades de acceso a las obras creadas en los entornos digitales sin tener en consideración los derechos inherentes a todo autor. Igualmente se cuestiona la libertad de creación sobre la base de obras preexistentes que afecta tanto los derechos morales como los patrimoniales.

Por otro lado —y siguiendo a Benjamín Hill— no han quedado claras aquellas libertades mínimas que tendrían los creadores de obras bajo licencias CC, además —según Hill— la mayoría de quienes crean bajo esta modalidad lo hacen tomando la opción que no permite usos comerciales.¹⁴

Finalmente, debemos indicar que no existe un mecanismo eficaz que permita al titular de una licencia CC verificar el correcto uso por parte del licenciatario de los alcances contenidos en la licencia.

2.7. A Modo de Resumen

Como una conclusión de éste recuento podemos establecer que un punto en común en el desarrollo de la sociedad es que, ante cada cambio, ante cada creación que modifica las relaciones humanas, e incluso ante la necesidad de mejorar la propia convivencia social, la sociedad a través de una suma de esfuerzos individuales y colectivos empieza a crear mecanismos de regulación, de adaptación y en muchos casos de transformación de actitudes o modos de vida. No importa qué tan profundos sean y cuánto duren estos cambios. Lo que importa es que la sociedad no se mantiene estática, reacciona y evoluciona, incluso rompiendo, modificando o retomando antiguos estilos de vida, tal como invita a hacerlo el “movimiento slow”.¹⁵

14. Las licencias CC constituyen una suerte de contrato de adhesión que contiene cláusulas pre diseñadas sobre los alcances de la cesión que hace el titular. Así, el titular puede ceder derechos en base a licencias de: reconocimiento, reconocimiento no comercial, reconocimiento compartir igual, reconocimiento sin obra derivada, entre otras.

15. El “Movimiento Slow”, surge en 1986 a raíz de la iniciativa del periodista italiano Carlo Petrini quien protestó como respuesta a la apertura de un establecimiento de comida rápida (*fast food*) en la *Piazza di Spagna*. La respuesta en principio fue la *slow food* o comida lenta, en atención a que la buena comida debe tardar tanto para ser preparada como para ser disfrutada. La idea caló hondo y se extendió hacia otros conceptos del quehacer social. Entonces el *slow surge* como un estilo de vida al punto que comienzan a desarrollarse las denominadas *slow cities* que son ciudades que combaten la idea de lo rápido, del estrés y de todo lo que conlleva esta forma de

III. RECONOCIENDO EL PROBLEMA

La formulación de un problema es más importante que resolverlo.

ALBERT EINSTEIN

Es necesario plantearnos la interrogante respecto de si el Derecho, cual regulador de relaciones sociales, ha dado los pasos necesarios para afrontar la problemática que —con respecto del Derecho de Autor— nos presentan los entornos digitales, ya que no debemos olvidar que “en el espacio virtual pasan muchas cosas importantes para los hombres, con características y repercusiones muy diferentes de las del mundo real. Y el Derecho se ha desarrollado para operar en el mundo real, físico, en el mundo de las cosas y relaciones físicas pero sus principios y normas, por diversas razones, no se adaptan al mundo virtual.”¹⁶

He aquí un primer aspecto del problema: Internet nació y empezó a desarrollarse en un ambiente absolutamente desconocido para el Derecho, el que, acostumbrado a regular relaciones sociales, susceptibles de ser verificadas de modo tangible, se enfrenta ante no sólo nuevas relaciones socio-jurídicas, sino que —sobre todo— debe verificarlas en un ambiente absolutamente desconocido e inesperado.

Como consecuencia de lo anterior, debemos preguntarnos si los productos legislativos más importantes dictados en los últimos años para regular los derechos de autor en el entorno digital, los llamados “Tratados Internet” de la OMPI¹⁷, la Directiva Europea 2001/29/CE¹⁸ y la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA)¹⁹ son herramientas jurídicas suficientes para regular estas nuevas relaciones jurídicas.

Un tercer aspecto lo constituye la respuesta de la propia tecnología frente a la posición del legislador. Hasta antes de Internet, las relaciones sociales reguladas por el

vida. Así, en las *slow cities* se busca la construcción de una ciudad más “humana”, en las que se han regulado aspectos como el uso de las alarmas y en las que los timbres de las escuelas han desaparecido porque no importa cuándo terminó la clase sino cuándo el alumno comprendió la lección. Igualmente se propone el retorno al sexo tántrico, más centrado en las caricias, la respiración y no tener prisa, requisitos indispensables para esta práctica. La muestra de lo que representa la “filosofía slow” la podemos comprobar en las disposiciones dictadas en *Bra*, la primera *slow city* en la que por ejemplo: las tiendas redujeron el horario de atención, determinándose además que no abran los días jueves y domingo; los automóviles no pueden circular por la zona céntrica de la ciudad. Quienes han investigado el tema aseguran que las pequeñas tiendas se multiplican en Bra y sus ingresos crecen al ritmo de un 15% al año. La cifra de cesantía (5%) es la mitad que la media del país. Estos puntos no son menores, ya que los defensores de las *slow cities* buscan demostrar que su cultura no está reñida con lo rentable. Al respecto, vid. http://www.flylosophy.com/archives/slowfood_10_news.htm.

16. LYNCH, Horacio M. “La incierta naturaleza de Internet. En *Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional*. V. 7, Depalma, 2001. P. 54.
17. Tratados aprobados por la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
18. Norma del 22 de mayo de 2001.
19. Aprobada el 28 de octubre de 1998 por el Congreso de Estados Unidos de América.

Derecho han permanecido en muchos casos sin mayores cambios; con Internet, y específicamente en su relación con el Derecho de Autor, no sucede lo mismo. El avance tecnológico ha ido siempre más adelante que la solución legislativa. Por lo tanto, cabe preguntarse cuán eficaz será el Derecho para dar respuesta oportuna a los problemas y situaciones que la tecnología nos plantea en la actualidad.

Así pues, “(...) los continuos adelantos tecnológicos (...) hacen que las leyes de copyright resulten cada vez menos ‘enforzables’. Las partes afectadas podrán recurrir a acciones legales para tratar de defender sus intereses, pero independientemente de las decisiones judiciales al respecto, no se podrá detener el *momentum* del adelanto tecnológico, una vez éste toma impulso.”²⁰

Las respuestas a estas interrogantes nos llevan a examinar si, para lograr una regulación efectiva de las relaciones jurídicas generadas con la aparición de los entornos digitales, resulta necesaria una reforma o una revolución del Derecho de Autor.

IV. NOS ACERCAMOS AL PROBLEMA

*Enfrentarse, siempre enfrentarse,
es el modo de resolver el problema.
¡Enfrentarse a él!*

JOSEPH CONRAD

Mil años atrás el hombre poseía cuatro tipos de medios de comunicación: la música, la pintura, la escritura y el lenguaje oral. En el siglo XV apareció el libro impreso; en el siglo XVIII los periódicos y las revistas; en el siglo XIX se produjo una etapa revolucionaria en los medios de comunicación con la invención de la fotografía, la radio y el teléfono; en el siglo XX, éste ritmo de “multiplicación” se intensificó de manera considerable con la grabación de discos, rodaje de films, grabación de cintas magnetofónicas, la televisión, el computador personal...²¹

El impacto del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información se puede apreciar desde varias perspectivas.

Culturalmente, se perciben varios aspectos en los cuales las nuevas tecnologías han influido en la sociedad: hoy es necesario referirnos a la necesidad de una “segunda alfabetización” o “alfabetización informática”, necesaria para dominar estos medios. Esta apreciación también es válida para el Derecho en el sentido que se han tenido que adoptar al bagaje jurídico conceptos antes inimaginables provenientes del mundo informático.

20. COLE, Julio H. “Propiedad Intelectual: Comentarios sobre Algunas Tendencias Recientes. En *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. N.º II, Palestra Editores, 2006. p. 315.

21. SOLIS GONZÁLEZ, Yohandra. Impacto socioeconómico, político y cultural y psicológico de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En *Contexto Educativo*. Revista Digital de Educación y Nuevas Tecnologías. Año III. N.º 16.

Psicológicamente, es claro que la vorágine tecnológica ha cambiado nuestros afectos y nuestros estilos de vida. Hasta hace no mucho, quién no esperaba con ansias una carta de amor que tomaba varios días en llegar (y quizás esa demora era parte de la “magia”). Hoy es impensable hablar de esperas en la comunicación (y lo que antes era magia hoy podría ser ruptura).

Ciertamente existe una perspectiva económica que va de la mano con la perspectiva política en tanto que la información es el mecanismo de poder de esta era. Quienes no tengan acceso —usualmente países poco desarrollados— estarán en condiciones desventajosas frente a quienes sí tienen el acceso o proveen la información.

La más importante de estas nuevas tecnologías de la información la constituye sin dudas la Internet.

4.1. Internet

Su antecedente lo constituye el ARPANET, sistema de redes desarrollado en 1969 por Bolt, Beranek y Newman en base a una relación contractual con la Advanced Research Project Agency de la Secretaría de Defensa de los Estados Unidos de América. En principio el sistema permitía la ejecución de programas desde ordenadores remotos para posteriormente desarrollar funciones como la transferencia de archivos, correo electrónico, etc.

Así, el desarrollo de éste sistema generó la necesidad de trascender el contexto para el que había sido creado. Otras entidades públicas y privadas vieron las enormes posibilidades del sistema. El avance que ocurrió después ya lo conocemos.

Lo que también conocemos es que éste enorme sistema no tiene dueño. Vale decir, no resulta lógico hablar de Internet SAC; no hay una autoridad centralizada ni fronteras²²; es decir, es una realidad no tangible.

4.2. El problema jurisdiccional

A nivel jurídico, éste resulta siendo uno de los principales obstáculos en la defensa del Derecho de Autor. Los entornos digitales permiten a cualquier persona “estar a la vez” en por lo menos 3 lugares: el lugar donde está conectada la computadora que es utilizada, el lugar donde la computadora ha accedido a Internet y el “ciberspacio”²³.

Bajo esta apreciación, es posible que el usuario de una computadora conectada a Internet pueda estar a la vez en más de un estado o país distintos. Esta suerte de don de

22. Sobre el particular, la doctrina francesa hace referencia al fenómeno de la *délocalisation* de Internet.

23. VIBES, Federico Pablo. Derecho de Autor y nuevas tecnologías — Un especial enfoque dirigido a las bibliotecas digitales”. Presentación en el V Encuentro de la Red de Bibliotecas Jurired”. Rosario, 3 de octubre de 2003.

ubicuidad es precisamente el que determina la problemática de determinar quién es el Juez competente y, por consecuencia, cuál es la Ley aplicable cuando la infracción se comete a través de Internet.

Esta situación nos puede llevar a formularnos, respecto al “lugar” donde se realiza una actividad en Internet, 5 interrogantes: ¿el lugar es donde se encuentra el servidor que presta el acceso al cibernauta?, ¿el lugar es donde se explota comercialmente el sitio web?, ¿el lugar es donde se encuentran las oficinas de quien explota comercialmente la actividad en Internet?, ¿el lugar es el del domicilio de quien adquiere los productos?, o acaso ¿el lugar es donde se encuentra la computadora con la que se adquieren los productos?

Al respecto, resulta interesante apreciar la forma como el sistema norteamericano ha intentado dar respuesta a esta problemática partiendo desde la perspectiva de los conflictos de competencia surgidos a nivel de sus estados. Esta situación ya había sido prevista en 1958 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que a medida que el progreso tecnológico aumenta y el nivel de comercio entre los estados se incrementa, la necesidad de obtener jurisdicción también se incrementa. Dicho de otro modo, iba a llegar un momento en el que conceptos como el de “jurisdicción personal”²⁴ ya no serían sostenibles en otra realidad... como la presente.

Uno de los casos “modelo” para abordar la problemática de la jurisdicción personal, precisamente por no tener en cuenta la relación entre domicilio del demandado y competencia jurisdiccional, es el caso *Zippo Mfg. Co. (Pennsylvania) vs Zippo Dot Com, Inc.* (California). La primera demandó a la segunda ante los tribunales del estado de Pennsylvania por infracciones al derecho marcario al utilizar indebidamente los dominios www.zippo.com, www.zippo.net y www.zipponews.com. Si bien es cierto la demandada no tenía oficinas ni representantes en Pennsylvania, la información de su sitio web era accesible a todos los habitantes de dicho estado, el 2% de sus clientes eran de Pennsylvania y además la demandada había contratado con 7 proveedores de dicho estado por lo que se concluyó que la Corte de Pennsylvania era la competente para resolver en éste caso.

A nivel internacional y en relación a la jurisdicción, debe recordarse el caso afrontado por el portal *Yahoo!* respecto de la puesta en venta de productos relacionados con prácticas pro-nazis. En éste caso, la justicia francesa, en doble instancia, ordenó el retiro de todos los productos relacionados con dicha orientación. Al intentar ejecutarse la medida en los Estados Unidos se produjo el conflicto, el mismo que versaba sobre la libertad de expresión (la cual, a consideración de la justicia francesa, no era aplicable al caso). En los Estados Unidos no se acató el requerimiento de la justicia francesa.

24. La jurisdicción personal se define en 1877, sobre la base de la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Pennoyer vs. Neff* al afirmar que un tribunal adquiriría jurisdicción respecto de un demandado “mediante la notificación judicial dentro del estado donde se asienta el tribunal mediante la comparecencia del demandado”.

4.3. La Ley Aplicable

Aún cuando se vea resuelto el tema jurisdiccional, el aspecto concerniente a la ley aplicable enfrenta al jurista con otro problema por resolver. Habíamos advertido, líneas arriba, que la solución al problema jurisdiccional no determinaría el de la aplicabilidad de la ley. Habíamos hecho referencia además a esta suerte de don de ubicuidad que genera Internet en base a su estructura global, lo que lleva a que la disposición del artículo 5.2 del Convenio de Berna²⁵ totalmente aplicable al mundo analógico, devenga en poco práctica frente a esta realidad.

La problemática de la ley aplicable, nos presenta —de acuerdo a lo expresado por Esther Jiménez Fuentes²⁶— tres opciones:

- a. La creación de un “Ciberderecho” que responda de manera específica a los problemas que suscita Internet, combinando materias como el derecho comercial, el internacional privado y el civil.
- b. La armonización de las leyes sustantivas mediante Tratados Internacionales.
- c. La solución a la teoría del conflicto legislativo, mediante 3 opciones:
 - c.1. La Ley aplicable es la del lugar donde se realizó la puesta en línea de la obra (up-loading) si se considera que el acto de comunicación pública se realiza en el país emisor de la señal. Esto, a su vez, puede generar la creación de “paraísos piratas”, en tanto existan países con sanciones menos estrictas en materia de violación de los derechos de autor.
 - c.2. La Ley aplicable es la del lugar donde se descarga la obra (down-loading). Esta posición —asumida por Estados Unidos— está basada en considerar que la transmisión en línea es un acto de importación de obras protegidas que debe contar con la autorización del titular. Sin embargo, esta posición genera 2 inconvenientes: por un lado, se trataría de un sistema complejo por cuanto se tendría que manejar toda la legislación mundial y, por otro, ello podría enfrentarnos a la posibilidad de que los actos de explotación no autorizada estén calificados de manera distinta.
 - c.3. Una solución ecléctica basada en 3 supuestos: (i) la aplicación de la ley del país de origen, es decir, la del país en que se atribuye la titularidad y la ley del país donde se reclama la protección; (ii) la aplicación de la ley más favorable a los titulares del derecho, esto es, la que otorgue más y mejores medidas cautelares y que resuelva mejor el fondo del asunto y; (iii) aquellas basadas en el análisis económico de los intereses en juego.

Habiendo intentado presentar una visión panorámica de los problemas y las soluciones planteadas por la Doctrina veamos ahora como la legislación ha respondido a estas circunstancias.

25. Dicha norma establece que los medios procesales de los que goza el autor para la defensa de sus derechos se rigen de manera exclusiva por la ley del país en el que se reclama la protección.

26. JIMÉNEZ FUENTES, Esther. “Derecho de Autor en Internet”. En *Boletín Jurídico Derecho.com*. Número XLIV, 2.^a época, julio 2002.

V. LAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS

*La ley no ha sido establecida por el ingenio de los hombres,
ni por el mandamiento de los pueblos, sino que es algo eterno
que rige el Universo con la sabiduría del imperar y del prohibir.*

MARCO TULLIO CICERÓN

5.1 Los “Tratados Internet”

Es la forma usual como se conoce a los Tratados de la OMPI Sobre el Derecho de Autor (WCT ó TODA) y Sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas (WPPT), ambos adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

A través de los Tratados Internet se pudo definir que una transmisión digital de contenido²⁷ implica la realización de una copia y cuando un usuario recibe ésta, se puede invocar el derecho de reproducción. Asimismo, se amplían los alcances de la comunicación pública —entendida tradicionalmente a través de la radiodifusión— a determinados actos de transmisión interactiva, en los que debe mediar consentimiento expreso.

De otro lado, resulta importante destacar que se reafirma que el simple hecho de almacenamiento —aún cuando fuera temporal— de un archivo que contiene una obra protegida, constituye un acto de reproducción. En similar sentido, el WPPT recoge dicho acuerdo.

Otro aspecto de importancia contenido en los Tratados Internet es la introducción de la protección de las medidas tecnológicas y de la información sobre gestión de derechos a través de un grupo de obligaciones para los países firmantes y adherentes a dichas normas. Estas obligaciones fueron diseñadas para asegurar que los titulares de derecho puedan efectivamente usar la tecnología para proteger sus derechos y licenciar sus obras en línea.

La primera obligación requiere que los países provean de una protección jurídica adecuada y de remedios efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas, tales como los sistemas de acceso condicional y de encriptamiento usado por los titulares para proteger sus derechos. El segundo tipo de protección tecnológica se dirige a mejorar la confianza y la integridad del mercado en línea, al requerir a los países que prohíban la alteración deliberada o la eliminación de la información electrónica que acompaña cualquier material protegido que identifique a la obra, a los titulares de derecho o que incluya los términos y condiciones para su uso, entre otra información²⁸.

27. Son aquellas obras y prestaciones protegidas mediante Derechos de Autor o Conexos en el entorno digital. Al respecto cfr. MASSAGUER FUENTES, José. “El Derecho de Autor y el Derecho Internacional Privado. Conflictos de Jurisdicción y Competencia. Una Visión en el Ciberespacio” IV Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ciudad de Panamá, Sistemas Jurídicos S.A. 2004. Tomo II. p.781.

28. LUNG, Geidy. Excepciones del Derecho de Autor para los Discapacitados Visuales — Perspectiva Internacional. 70ª Consejo y Conferencia General de la IFLA. Buenos Aires, octubre de 2004.

En general —y siguiendo a FERNÁNDEZ BALLESTEROS²⁹— los Tratados Internet desarrollan 5 aspectos fundamentales.

El primero es el que se conoce como la “agenda digital” que comprende disposiciones respecto del almacenamiento de obras bajo forma digital y el alcance del derecho de reproducción (lo cual si bien es cierto no se encuentra dentro del articulado, sí aparece en el tenor de las Declaraciones Concertadas); la transmisión de obras por redes digitales (ante la dificultad de asignar la categoría jurídica de comunicación pública o derecho de distribución se optó por una solución neutra al no otorgarle categoría alguna); las limitaciones y excepciones en el entorno digital (configuradas en base a una Declaración Concertada en el WCT que se aplica también al WPPT), y las medidas de protección e información sobre la gestión de derechos (entendiendo que las medidas de protección fungen de aliadas de los derechos de autor y conexos, deviniendo de obligatoria aplicación para los Estados, del mismo modo que la información sobre el régimen de derechos).

Un segundo aspecto —señala FERNÁNDEZ BALLESTEROS— es el referido al “rejuvenecimiento del Convenio de Berna”, al establecer el WCT en su artículo primero el pleno reconocimiento de las normas de Berna y que nada de lo contenido en el WCT puede ser interpretado como un desmedro de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna.

El Convenio de Berna rejuvenece y, en consecuencia lógica, se fortalece. Este es el tercer aspecto. Así, se le da una mayor precisión a la protección de los programas de ordenador y las bases de datos, planteados en fórmulas más generales: “cualquiera sea su modo o forma de expresión” o “en cualquier forma”, refiriéndose a los programas de ordenador y bases de datos, respectivamente. Asimismo, el WCT prevé la figura del derecho de autorizar el alquiler comercial de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas y, además, elimina el plazo de protección otorgado para las obras fotográficas, al obligar a las partes a no aplicar el plazo de 25 años.

El cuarto aspecto está referido a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los mismos que son objeto de reconocimiento de derechos morales. Asimismo, se varía la naturaleza de los derechos patrimoniales, otorgándoles un carácter “más activo” al hacer referencia al derecho exclusivo de autorizar. Y al igual que en el caso de las obras fotográficas, el WPPT amplía el plazo de protección establecido en la Convención de Roma, de 25 a 50 años contados desde la finalización del año en que la prestación de los artistas fue fijada en un fonograma.

Finalmente, un quinto aspecto está relacionado con los derechos de los productores de fonogramas a quienes —al igual que a los artistas, intérpretes y ejecutantes— se les amplía el plazo de protección de sus derechos a 50 años (los cuales se cuentan desde el

29. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. *El Derecho de Autor en el Entorno Digital. Los Tratados de la OMPI de 1996*. III Jornada de Derechos de Autor en el Mundo Editorial. Buenos Aires, 21 y 21 de abril de 2005.

final del año de la publicación o, si no hay publicación, después del fin del año de la fijación, cuando hubieran transcurrido 50 años de la misma sin producirse publicación). Contiene, además, una presunción en el sentido de atribuir a toda puesta a disposición del público como publicada para fines comerciales y, por último, se establece el pago de remuneraciones atendiendo a las dos categorías de titulares —artistas, intérpretes y ejecutantes por un lado y, productores de fonogramas por el otro.

5.2. La *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*

Promulgada en 1998, la DMCA fue aprobada por el Congreso americano, básicamente para lograr la implementación de los Tratados de la OMPI de 1996.

La DMCA ha sido objeto de fuertes críticas³⁰ debido a los excesos cometidos en base a sus disposiciones, debiendo resaltar las relacionadas a las prohibiciones de actos de elusión de medidas tecnológicas usadas por el titular del *copyright*³¹ y la prohibición referida a la fabricación, venta o distribución de los mecanismos para hacer efectiva la elusión de dichas medidas.

Un ejemplo respecto a la posibilidad de excesos está referido a que las prohibiciones de dichos actos de elusión, así como de la fabricación o distribución de los mecanismos atenten contra el *fair use*³². Un ejemplo de ello son los productores de fonogramas que vienen produciendo los denominados discos protegidos contra copias a través de mecanismos que impiden duplicar el original. De otro lado, y amparándose en estas disposiciones, Sony ha impedido que los usuarios de un país determinado puedan utilizar en sus consolas *Playstation*, juegos legítimamente adquiridos en país distinto al de la adquisición de la consola, creando sistemas que impiden su ejecución. Por ejemplo, si alguien compró una consola en México no podrá ejecutar en dicha consola un juego adquirido en Europa.

Sin embargo, si bien se sanciona el acceso a la obra a través de la vulneración de medidas tecnológicas, la legislación americana es permisiva respecto de la utilización de la obra protegida con *copyright* y a la cual se ha tenido acceso lícitamente. Precisamente esta distinción guarda relación con el *fair use* al que hemos hecho referencia.

De otro lado, la DMCA establece medidas de indemnización en la vía civil, así como la posibilidad de iniciar acciones de carácter penal contra quienes infringen los derechos contenidos en ella y una protección específica para la protección de la información necesaria para la gestión del *copyright*.

30. Respecto de las críticas a la implementación de la DMCA cfr. ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. “Las consecuencias no deseadas: Cinco años bajo la Digital Millenium Copyright Act”

31. Los actos de elusión son aquellos destinados a vulnerar las medidas de protección usadas por el titular del *copyright* a fin de obtener un aprovechamiento ilícito de la explotación de la obra.

32. El *Fair Use* es un concepto anglosajón desarrollado por la justicia norteamericana y que fue reconocido en la *Copyright Act* de 1976. LIPSZYC, Delia. “Las legislaciones nacionales: países latinoamericanos y Estados Unidos de América.” En *El Derecho de Autor antes los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc*. Lima, Palestra, 2006. p. 763.

Finalmente, respecto de éste tema, hacemos mención a las excepciones establecidas a las prohibiciones mencionadas anteriormente: bibliotecas, archivos y entidades educativas sin fines de lucro; para la actuación de la autoridad policial, inteligencia y otras gubernamentales; ingeniería inversa (o ingeniería reversa) por parte de un usuario legítimo de programas de ordenador a fin de que pueda ser usado con otros programas independientes a éste; usos con fines de investigación criptográfica realizadas con buena fe; para la protección de menores; para la tutela de la información sobre identificación personal y para probar la seguridad de un ordenador, sistema operativo o red digital.

5.3. La Directiva Europea 29/2001

De fecha 22 de mayo de 2001, la Directiva 29 Relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información está sustentada en 3 pilares fundamentales: los derechos de explotación (entre los que se incluyen el derecho de reproducción, alquiler, comunicación pública y puesta a disposición *on demand*), los límites a los derechos de explotación y la protección de las medidas tecnológicas y los métodos de gestión de derechos. Es importante señalar que la Directiva 29 no aborda temas referidos a los derechos morales.

Merecen especial atención las consideraciones que sirven de fundamento para la adopción de la Directiva 29: la primera referida al reconocimiento de que el Derecho de Autor no requiere la elaboración de nuevos conceptos sino una adaptación y complemento que le permita responder a realidades como las nuevas formas de explotación derivadas de los entornos digitales, lo cual sin duda exige una adaptación de las leyes nacionales.

Un segundo aspecto es el establecimiento de esta suerte de ligazón entre autor, remuneración y cultura. El contar con medidas legislativas adecuadas permitirá cautelar el derecho del autor a percibir una remuneración por su creación, lo cual le permitirá continuar desarrollando su labor creativa, reflejándose en una mayor producción cultural. El desarrollo de la cultura —se sostiene en las consideraciones de la Directiva 29— sólo puede lograrse protegiendo rigurosamente los derechos de autor y conexos y combatiendo la comercialización de obras culturales falsificadas o piratas.

VI. NUESTRA OPINIÓN

*Toda reforma impuesta por la violencia no corregirá nada el mal:
El buen juicio no necesita de la violencia*

RABINDRANATH TAGORE

6.1. ¿Reforma o Revolución?

Bajo otra forma ya se había presentado con anterioridad esta interrogante. Así,

Mihály FICSOR, citado por Delia LIPZYC,³³ refería 3 etapas en el debate sobre el entorno digital:

- La primera, en la que se planteaba la tesis de que el derecho de autor y los derechos conexos no serían aplicables en el entorno digital.
- La segunda, en la que se afirmaba que todo seguiría igual porque el derecho de autor es apto en el entorno digital.
- La tercera, en la que se concluye que sólo son necesarias algunas adaptaciones y que éstas fueron materia de los Tratados Internet.

A su vez, Esther Jiménez Fuentes³⁴ señala que, a consecuencia de Internet, los juristas han tenido que cuestionarse si el sistema dogmático y legislativo está preparado para la realidad no tangible, asumiendo 3 posturas al respecto:

- Neoclásicos: quienes consideran que el derecho de autor vigente es perfectamente válido para la explotación comercial de obras en línea aunque con algunos ajustes para resguardar los derechos de los titulares.
- Minimalistas: Consideran que en el entorno de Internet, el Derecho de Autor carece de sentido, debiendo favorecerse el interés del usuario.
- Eclécticos: Pretenden el establecimiento de un equilibrio entre los derechos de autor y las capacidades que ofrece Internet a los usuarios, teniendo como sustento la adaptación del Derecho de Autor a esta realidad, de modo tal que permita responder a las nuevas situaciones y relaciones surgidas a partir de los entornos digitales.

En principio es necesario deslindar posiciones con respecto a la postura de los minimalistas. Aplicar el fundamento de su postura es también la negación de una constatación histórica: afirmar que el entorno digital prima sobre el derecho de autor en tanto que favorece el acceso a la cultura es tan erróneo como afirmar que en la época de post-imprenta las incipientes normas de derecho de autor eran innecesarias, cuando —como hemos afirmado— sucedió todo lo contrario, es decir, que el Derecho logró adaptarse —en un primer momento creando conceptos jurídicos y en otros modificándose— a las consecuencias que los cambios tecnológicos producían en la sociedad.

Enarbolar la bandera del derecho al acceso a la cultura para desdeñar el derecho de autor no es más que una contradicción —otra vez— con la historia. Basta recordar el hecho de que los grandes artistas de la antigüedad como Miguel Ángel, por citar un solo caso, eran patrocinados por los grandes señores de la época.

33. FICSOR, Mihály; “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y la información en la gestión de derechos — La tecnología como respuesta a los retos de la tecnología” en LIPZYC, Delia. *Los Tratados Internet de la OMPI*. II Jornada de Derechos de Autor en el Mundo Editorial”. Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2004.

34. JIMÉNEZ FUENTES, Esther. *Op. cit.*

El acceso a la cultura busca ser relacionado con la definición de “Cultura Libre”. Este concepto elaborado por Lawrence LESSIG y plasmado en su obra “Cultura Libre. Cómo los Grandes Medios Usan la Tecnología y las Leyes para Encerrar la Cultura y Controlar la Creatividad”, tiene algunos fundamentos que merecen nuestra especial atención, a fin de enraizar más nuestra posición.

Sostiene LESSIG que “cada vez somos menos una cultura libre y más una cultura del permiso”; que “(...) protege a creadores e innovadores (...) limitando el alcance de estos derechos, garantizando que los creadores e innovadores que vengan más tarde sean tan libres, como les sea posible, del control del pasado.”³⁵

Aunque no se expresa de manera clara (y paradójicamente reivindicando los derechos autorales) resulta lógico suponer que para este enfoque — “cultura del permiso”— hay una necesidad de cambio de conceptos en lo que al Derecho de Autor se refiere. Liberar el control del pasado supone que cualquier persona pueda tener acceso a creaciones que por sí mismas gozan de protección. La libertad para acceder a ellas no es otra cosa que el desconocimiento a esos derechos. El acceso a las obras del pasado no implica el desconocimiento de las formalidades para que cualquier persona pueda tener acceso a ellas, sea a través de licencias o de adquisición de soportes físicos, por ejemplo.

El fundamento de los conceptos de LESSIG está basado sobre la constatación de una realidad: cada vez hay una mayor necesidad de información por parte de las personas. Por eso no nos sorprende la cantidad de textos referidos al poder de la información o a la era del conocimiento. Esta es una realidad que no debemos obviar y a la que el Derecho debe dar una protección. Esta nueva realidad que aprovecha LESSIG, ha merecido diversos pronunciamientos.

De otro lado, podemos afirmar que normas como los Tratados Internet constituyen un paso fundamental para dar solución a los problemas que plantean los entornos digitales. Se ha dicho, además, que las normas supranacionales emitidas en razón de los avances de la sociedad de la información han otorgado en algunos casos el reforzamiento de las normas de Derecho de Autor frente a la vorágine tecnológica, preparándolas para afrontar una mejor defensa y ejercicio de los derechos de los titulares de los mismos.

Sin embargo... nos queda la sensación de que algo falta.

6.2. Entonces ¿Reformamos o Revolucionamos?

La Real Academia Española define la reforma como “aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo”; mientras que la revolución se entiende como “aquel cambio violento en las instituciones políticas, económicas o sociales de una nación”.

35. Sobre estos conceptos, cfr. LESSIG, Lawrence. *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Santiago, Lom Ediciones, 2005.

El deslinde realizado previamente nos lleva a descartar la segunda definición.

Detrás de cada creación hay un creador con su esfuerzo y su talento. Su producto nutre la cultura y desarrolla la sociedad de la cual forma parte. Pero a la par existe un consumidor poco conciente que —desafortunadamente— accederá a las obras sin reparar en los derechos intelectuales de los titulares de las mismas.

6.3. El reconocimiento de una crisis

Los movimientos a favor del libre acceso a las creaciones a través de los entornos digitales nos enfrentaron a la realidad de que las concepciones del Derecho de Autor pensadas para un mundo físico, eran ya insuficientes. Y la reacción del jurista fue adecuada. El que hoy hagamos referencia a críticas de uno y otro lado no es más que el reflejo de la crisis de paradigma a la que ya hemos hecho referencia. Y como toda crisis, tiene un inicio y un final. Las crisis nos abren ventanas a nuevas perspectivas, a nuevas posibilidades, a nuevas formas de ver la realidad.

La realidad que nos presenta la tecnología digital ha cambiado nuestras perspectivas y que lo seguirá haciendo es algo que no podemos negar. Sin embargo, sí podemos guarecernos para afrontar exitosamente el temporal que cada crisis trae consigo. En cierta forma ello se ha logrado. Sin embargo, los esfuerzos legislativos en la materia constituyen los primeros pasos en este largo proceso que —a lo mejor— nos lleve a nuevos cuestionamientos cuando la tecnología nos enfrente a una realidad más compleja que la actual.

VII. COLOFÓN

*En la historia de la cultura, nunca nada ha acabado con nada.
En todo caso lo ha cambiado profundamente*

UMBERTO ECO

7.1. El Colectivo y su Desarrollo Cultural

De lo expuesto en las presentes líneas nos queda la sensación de que lo que se busca en realidad es presentar al Derecho de Autor y al Derecho a la Cultura como estructuras antagónicas. Ello no es así. No se plasman ni conciben de manera aislada porque tratándose ambos de derechos humanos, no caben subordinaciones.³⁶ Ambos no sólo son concurrentes: ¡dependen uno del otro!

36. VILLALBA, Carlos Alberto. “Acceso a la Cultura y Derechos de los Autores —Identidad y Diversidad Cultural y su vinculación con los Derechos Humanos”—. En *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Año II. N.º 2: Lima, Palestra 2006. p. 82.

No podemos exigir más y mejores creaciones siendo abanderados de la llamada “cultura libre”. No podemos exigir más a los autores sino les reconocemos los derechos que les son conferidos en reconocimiento a su talento. El autor tiene un don el cual necesita explotar. Al explotarlo, debe recibir una compensación. Esa compensación será mayor a medida que el fruto de ese don sea mejor apreciado y mejor reconocido como elemento necesario para su crecimiento por el consumidor. En consecuencia, el autor creará más y enriquecerá la cultura. Esto reafirma el vínculo indisoluble entre autor, cultura y colectivo.

Dicho esto, debemos reconocer que la actitud del consumidor no es la esperada. Su naturaleza lo convierte en un ser ávido de información y el encontrarse frente a las enormes posibilidades que le ofrece el avance tecnológico acrecienta esa perspectiva. Así, el consumidor no se detiene a analizar la licitud del uso de la información a la que tan fácilmente tiene acceso. Simplemente quiere acceder a las obras.

Pero tampoco podemos cerrar los ojos ante una realidad que nos exige cada vez más mejorar las condiciones de acceso a la cultura e información a la colectividad.

Es difícil prever una solución inmediata a las interrogantes aquí planteadas. La naturaleza cambiante del Derecho —y en especial la del Derecho de Autor— nos hace pensar en ello.

Reconociendo la concurrencia de los intereses de los autores y los consumidores, creemos que la posición ecléctica —entendiendo que debemos buscar el equilibrio entre ambos— resulta la más conveniente. ¿Qué tan osado es pensar en la implantación de un “Ciberderecho” o un “Super Código” que permita resolver problemas como el de la jurisdicción o que uniformice los conceptos de lo que es una infracción y sus correspondientes sanciones?

Desde nuestra perspectiva deben quedar atrás las voces revolucionarias que pretenden agotar un sistema que se renueva cada vez con mayor frecuencia y que nos presenta siempre nuevas opciones en el menú de soluciones. Estas circunstancias, si las vemos y no calificamos, siempre nos enriquecerán.

Estamos en el medio de la tormenta y hasta que ésta pase, lo más saludable, a nuestro entender, es reconocer la necesidad de apreciar los cambios que nos afectan. Por lo tanto bien cabe parafrasear a Bob Dylan cuando nos dice que los tiempos están cambiando... y hay que saber entender el huracán.

