



Basic Elements to Reflect on the Problem of Copyrights in a Digital Context

The digital environment has revived a debate that goes back centuries, relating to the desirability of a type of knowledge which is subject to private appropriation versus knowledge of free and open access. The relevant reflections on the topic of intellectual property have been construed from changes in technology vis-à-vis information. Information and communication technologies (IT) have generated cultural changes associated with the construction of a network society. This article analyzes some points relevant to the problem of copyrights which are confronted by the access to culture and information, the risks faced by the right holders, and some implications on the road to a “learning and knowledge society”.

Keywords: Copyrights, intellectual property, network society, free and open access, libraries.

Submission date: October 30, 2008

Acceptance date: November 18, 2008

El entorno digital ha revivido una vieja discusión relacionada con la conveniencia de un conocimiento de apropiación privada frente a uno de acceso abierto o libre. Las reflexiones sobre el tema de la propiedad intelectual se han construido a partir de los cambios tecnológicos relacionados con la información. Con las TIC se han generado transformaciones culturales vinculadas con la construcción de una sociedad red. Este artículo analiza algunos puntos de relación entre los derechos de autor que se confrontan con el acceso a la cultura y a la información, los riesgos que afrontan los titulares de los derechos y ciertas implicaciones en el camino hacia la sociedad del conocimiento y del aprendizaje.

Palabras Clave: Propiedad intelectual, derechos de autor, sociedad red, acceso abierto.

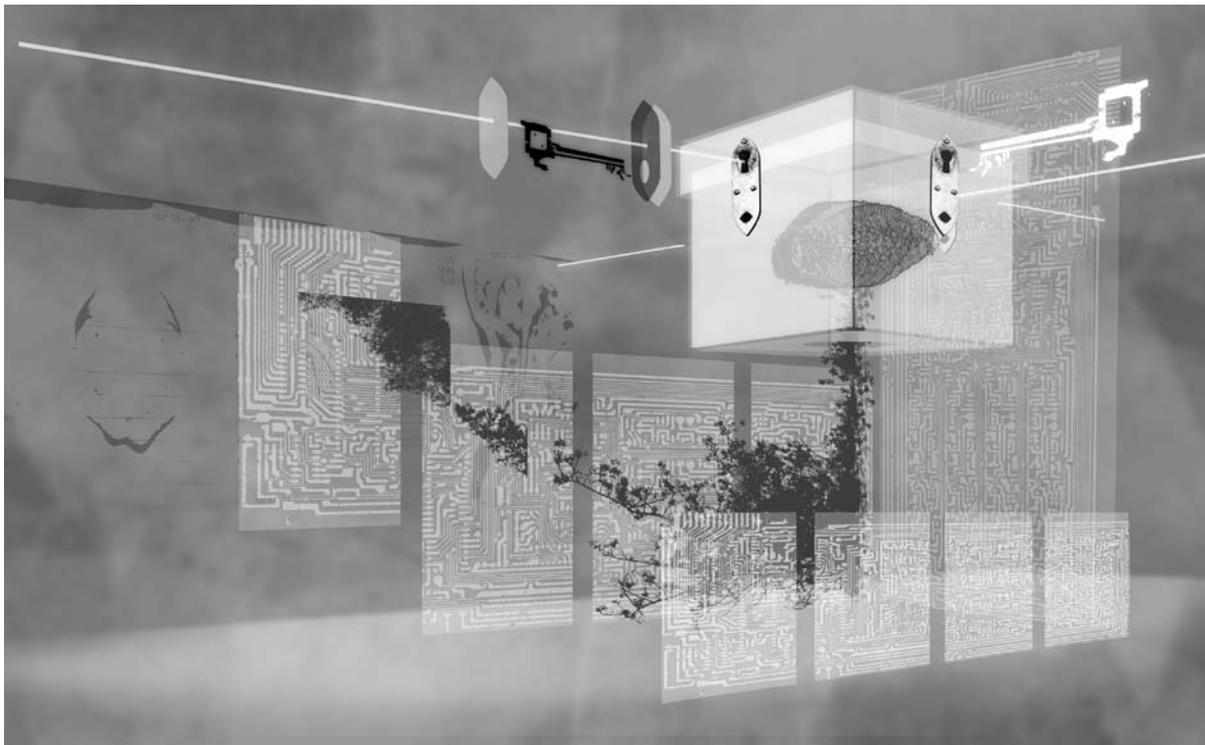
Recibido: Octubre 30 de 2008

Aceptado: Noviembre 18 de 2008

Origen del artículo

El artículo es producto del trabajo de grado del autor para optar al título de abogado de la Universidad Externado de Colombia; en él indaga sobre la protección y el acceso a los contenidos digitales, evidenciando la importancia de comprender la propiedad intelectual para discutir de una forma responsable el tema de la gestión de la información digital.

Elementos básicos para la reflexión de la propiedad intelectual en el contexto digital



Hoy día el movimiento literario es tal, que apenas queda tiempo de leer los catálogos de libros que salen todos los días a la luz en los centros de la civilización [...]. Tal es la tendencia de la civilización contemporánea en el orden intelectual. No se puede negar que esta masa inmensa de producción es en sí misma un bien, un adelanto, supuesta la natural superioridad de lo mucho sobre lo poco, de lo abundante sobre lo escaso, de lo grande sobre

.....
* **Jhonny Antonio Pabón Cadavid.** Colombiano. Abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; especialista en Derecho de Internet y Tecnologías de la Información, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia; especialista en Derecho de la Competencia y del Consumo, Universidad Externado de Colombia; estudiante de la Maestría en Historia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Investigador del Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia. **Correo electrónico:** j4207732@hotmail.com.

lo pequeño. Pero este hecho tiene otro aspecto: los objetos de la atención humana se aumentan, se multiplican infinitamente; ¿mas por ventura se ha alargado proporcionalmente la duración de nuestra existencia? No, hoy lo mismo que en tiempo de Job, “el hombre vive breve tiempo, lleno de miserias”. De aquí nace una notoria falta de proporción, que es en sí misma un mal, y de la cual provienen grandes inconvenientes.

Miguel Antonio Caro, 1869

Explosión en la producción de información, una situación que, contrario a lo que en un primer momento podríamos pensar, ha preocupado a los hombres desde hace siglos. Lo que resulta más interesante del epígrafe, para los propósitos del presente escrito, es que Miguel Antonio Caro fue el redactor y promotor de la legislación de propiedad intelectual (propiedad literaria para la época) que ha estado vigente durante un mayor periodo en Colombia (1886-1946). Estas dos inquietudes de Caro evidencian que la abundancia de información ha aupado mecanismos legales para restringir el control y el acceso a ésta, y para estimular el progreso del conocimiento; es decir, ha propiciado el nacimiento y el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual.

A mediados del siglo xv, con el desarrollo de la imprenta de tipos móviles de Gutenberg, se inicia un proceso de producción en serie de textos que va a permitir lentamente una mayor difusión de la información, incrementar el alfabetismo y desconcentrar el poder del conocimiento. El iluminismo europeo del siglo xviii abogó por la ilustración de todos los ciudadanos, y

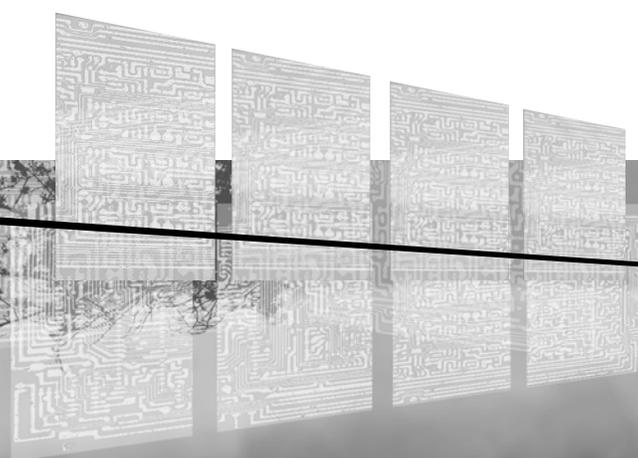
surgen, entonces, las primeras divergencias vinculadas a reflexiones jurídicas sobre la propiedad del conocimiento y el acceso abierto o libre a éste. Así, principalmente en Alemania, Kant y Fichte, están a favor del derecho de autor, y, en una posición contraria, Reimarus; en Francia, Denis Diderot a favor de los editores, y el Marqués de Condorcet, oponiéndose, reclamando la abolición de todos los privilegios.

El contenido principal del derecho de autor proviene, esencialmente, del pensamiento kantiano; en su obra sobre la metafísica de las costumbres, en el apartado “¿Qué es un libro?”, se realiza una distinción entre la propiedad del discurso u obra intelectual (*corpus mysticum*), el cual es un derecho personal, y la propiedad del ejemplar o soporte real (*corpus mechanicum*), consistente en un derecho real. Así, sobre la ilegalidad de las reproducciones no autorizadas por el autor, Kant dice:

El motivo de esta concepción jurídica que parece a primera vista tan ostensiblemente injusta, como lo es la reimpresión, radica en que el libro es, de una parte, una producción artificial (*opus mechanicum*) que puede ser imitada (por quien se encuentra en posesión legítima de un ejemplar de la misma) y por lo tanto se está frente a un derecho real; de otra parte, aún cuando el libro es también mero discurso del editor ante el público, éste no está autorizado para expresarlo públicamente sin haber recibido permiso previo por parte del autor (*praestatio operae*) de ahí que sea también un derecho personal; y se incurre, por tanto, en un error cuando se confunden ambos aspectos¹

.....

1. Traducción de Ana María Montoya



Esta distinción ya había sido esbozada por Lucio Anneo Séneca, sin tener ninguna repercusión jurídica conocida. En su libro *Sobre los beneficios* (vii-6) escribe: “Decimos que los libros pertenecen a Cicerón; el librero Dorus llama suyos a los mismos libros y la verdad es de dos faces. Uno los reivindica como autor y el otro como comprador; y es con razón que se dice que los libros pertenecen al uno y al otro. En efecto, aquellos pertenecen a ambos pero no de la misma manera”.

El fundamento del derecho de autor estaba formulado ya allí; pero será sólo hasta el periodo de la Ilustración cuando se va a consolidar la idea de una propiedad sobre las obras literarias y artísticas. La consolidación de la base filosófica y jurídica, de un autor y un editor que podían controlar las impresiones y los usos de las obras del espíritu, fue algo más que turbulenta.

En Francia, Denis Diderot, el líder del mayor proyecto editorial de la época, *La enciclopedia*, escribe *La carta sobre el comercio de libros*, un documento que defiende la posibilidad y libertad del autor para disponer de sus obras; una defensa airada a los privilegios de impresión, que da un contenido a esta figura cercana a la de una propiedad: la *propiedad literaria*.

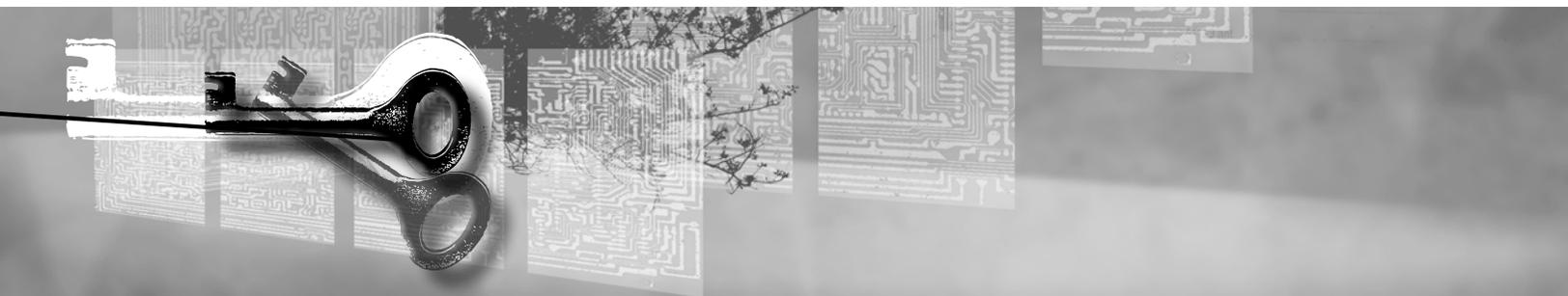
Al mismo tiempo, frente a la postura de Kant se presenta el pensamiento de Johann Heinrich Albert Reimarus, quien consideraba el derecho de autor como un monopolio que establecía una limitación a la libre competencia (Pozzo, 2005, p. 14). En Francia, Jean Antoine Nicolás de Caritat, Marqués de Condorcet, en 1776, escribe *Fragmentos sobre la libertad de prensa*, donde se opone a las ideas de Diderot, y expone que los derechos de autor son perjudiciales para la comunidad en general, impiden la difusión del conocimiento y restringen la posibilidad creadora; además, se obstaculizaba el

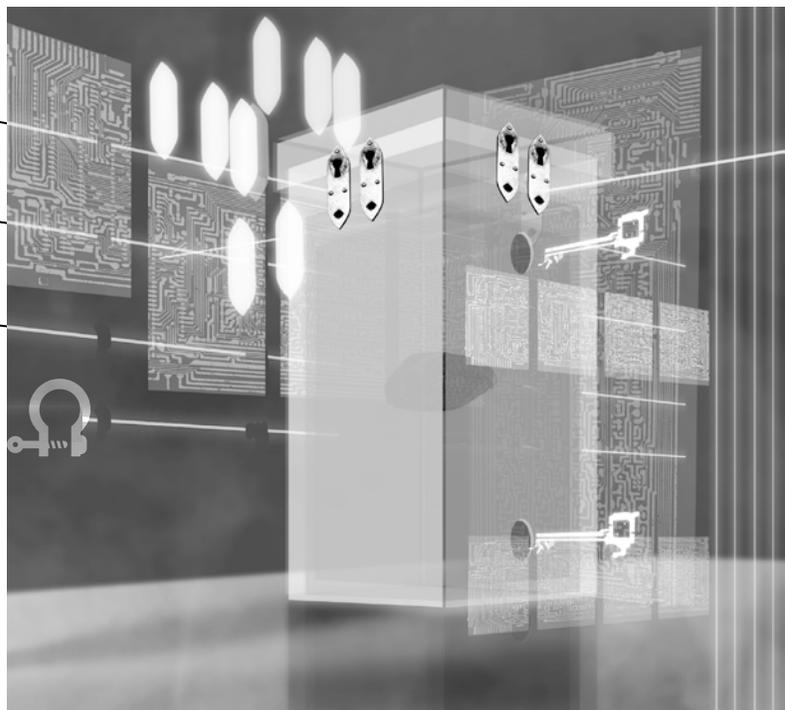
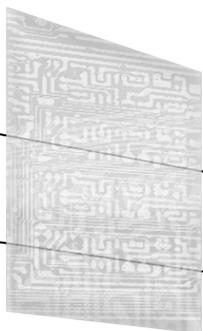
gran proyecto de la ilustración. Se resalta que Diderot “vivía de su pluma” y el Marqués de Condorcet, de sus rentas (Chartier, 2003, p. 29).

Estos ideales de Condorcet tuvieron la oportunidad de materializarse en la práctica, en 1789, con la Revolución Francesa, donde se abolieron todos los privilegios, entre esos los de impresión. Aunque el momento para que la libertad absoluta de prensa generara el ambiente anhelado de ilustración, las circunstancias no se presentaron como se habían imaginado, y hubo que procrastinar el sueño. La libertad absoluta desembocó en todo lo contrario a lo esperado:

El revolucionario mercado de lectores pedía novelas y entretenimiento, no ciencia y conocimientos útiles. Sin la protección comercial del autor o del editor, la edición de libros se volvió económicamente inviable. Los ideólogos de la política cultural reconocieron en sucesivas asambleas nacionales que esta política del *laissez-faire* era utópica, y que deberían encontrar la forma de reglamentar el mundo de la edición si querían mantener su ideal de una república ilustrada. El terror cultural que experimentó Condorcet en los primeros años de la revolución le llevó a revisar totalmente su sueño de un intercambio entre ciudadanos libre, sin autores y sin normas. (Hesse, 1998, p. 30)

Actualmente, el sueño de la ilustración cada vez es más posible. El desarrollo de las tecnologías de información y comunicación ha permitido que hoy en día vivamos en una aldea global, donde la información digital viaja de un lugar a otro en fracciones de segundo; es ubicua y, por lo tanto, permite múltiples reproducciones y accesos simultáneos. No obstante, el sueño se ha aplazado por la ineficacia de modelos legales, económicos y políticos.





Esos sueños y predicciones de los ilustrados del siglo XVIII hoy son un marco de frustración, como indica Rosalind Williams:

Cualquiera que lea estas predicciones en el siglo XXI sentirá una mezcla de *déjà vu*, melancolía e ironía. *Déjà vu*, porque esta visión histórica resulta familiar: la creencia en que la historia ha alcanzado un punto de discontinuidad importante debido a las capacidades tecnológicas sin precedentes, especialmente las capacidades que permiten, por primera vez, que la información sea transmitida rápida y fácilmente por el planeta. Melancolía, porque Internet encarna como realidad tecnológica los medios con que soñaban Turgot y Condorcet para hacer avanzar la civilización humana. Ironía, porque los medios tecnológicos puestos a nuestra disposición están desconectados de los propósitos civilizadores en los que ellos creían. (Williams, 2006, p. 530)

El propósito de la legislación de propiedad intelectual debe estar enfocado en el compromiso de una sociedad incluyente y proporcionar el marco jurídico para que la ironía se disipe; intentaremos mostrar cuáles son algunos puntos de relación del derecho de autor en el contexto digital, que intervienen directamente con la confección de una sociedad red, obstaculizándola y promoviéndola.

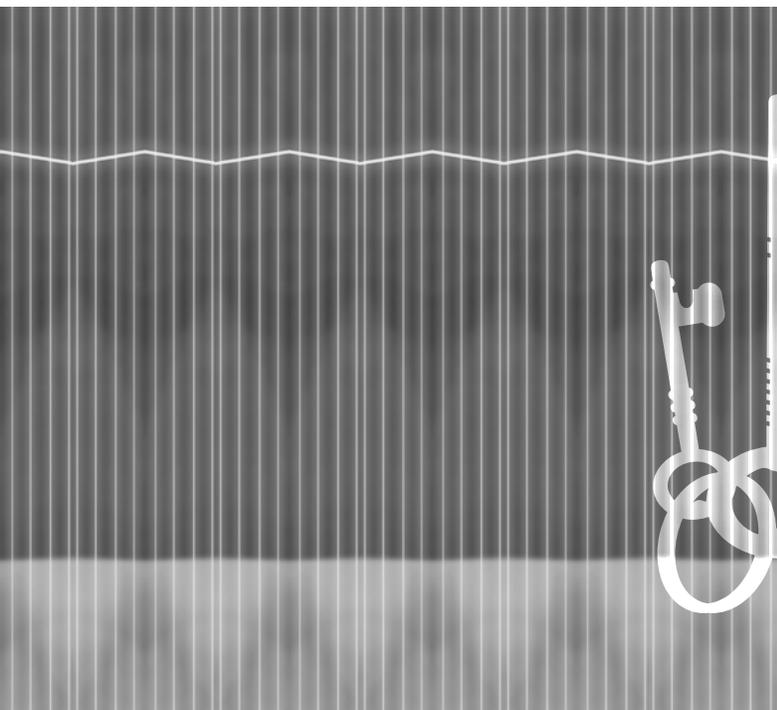
Tecnología, derecho y control de la información

Con el desarrollo de tecnologías para reproducir la información se abrieron nuevas posibilidades, pero surgieron, también, nuevos retos; entre éstos, cómo mantener un control sobre los contenidos publicados.

A mediados del siglo XV se establece la imprenta de tipos móviles: con esta tecnología surge el interés por controlar la circulación de información; esto es, la necesidad de censurarla. La pragmática de los Reyes Católicos del 8 de julio de 1502 establece que toda la información que se publique y produzca deberá contar con el consentimiento previo del gobernante: “No seays osados hazer, ni imprimir de molde ningún libro de ninguna facultad o lectura, o obra que sea pequeña o grande en latin ni en romance que primeramente ayays para ello nuestra licencia y especial mandado” (Cordón, 1997, p. 40).

El control está relacionado directamente con la Iglesia, que promulgó el *Index Librorum Prohibitorum*, un listado de libros cuya circulación estaba prohibida. Proscribía esencialmente tres clases de libros: los heréticos, los inmorales y los de magia.

Además del control ejercido por medio de la censura, también se desarrollaron métodos para ocultar y codificar la información, de manera que sólo tuvieran acceso aquéllos a los cuales el emisor destinaba el mensaje; en otras palabras, que el receptor de la información fuera exclusivamente quien tuviese la posibilidad de decodificarla, así:



Para evitar filtraciones de este tipo era frecuente que los mercaderes, los gobiernos e incluso los científicos (o, como se les llamaba en el siglo xvii, los filósofos naturales), en su afán de asegurarse de que sus rivales no le robaran ideas, utilizaran códigos y cifras de distintos tipos. Un ejemplo famoso de la astronomía es el del holandés Christiaan Huygens (1629-1695), que en 1655 descubrió que el planeta Saturno estaba rodeado por un anillo. A fin de reclamar la prioridad y al mismo tiempo evitar el plagio, el primer anuncio de su descubrimiento lo hizo con este anagrama latino: AAAAAA CCCCC D EEEEE G H IIIIII LLLL MM NNNNNN-NNN OOOO PP Q RR S TTTTTT UUUUU, que quería decir “*annulo cingitur, tenui, plano, nusquam cohaerente, ad eclipticam inclinatio*” (“está rodeado por un anillo delgado, plano, en absoluto coherente e inclinado con respecto a la eclíptica”). (Burke y Briggs, 2002, p. 66)

Con el surgimiento de las comunicaciones digitales, en especial con el auge de Internet, emergieron discursos que pronosticaban, del *ciberespacio*, un lugar de absoluta libertad, carente de censuras y discriminaciones (Barlow, 1996). Pero el desarrollo de estas redes de información

ha propiciado el advenimiento de circunstancias muy diferentes a las anheladas, y se ha constatado la existencia de múltiples riesgos, en especial los relacionados con el acceso y con la información: 1. la inclusión y justicia distributiva de las redes; 2. seguridad técnica de las infraestructuras; 3. privacidad; 4. piratería; 5. creación y difusión de contenidos proscritos, por ejemplo, la pornografía infantil (Ibáñez, 2005, pp. 192-212).

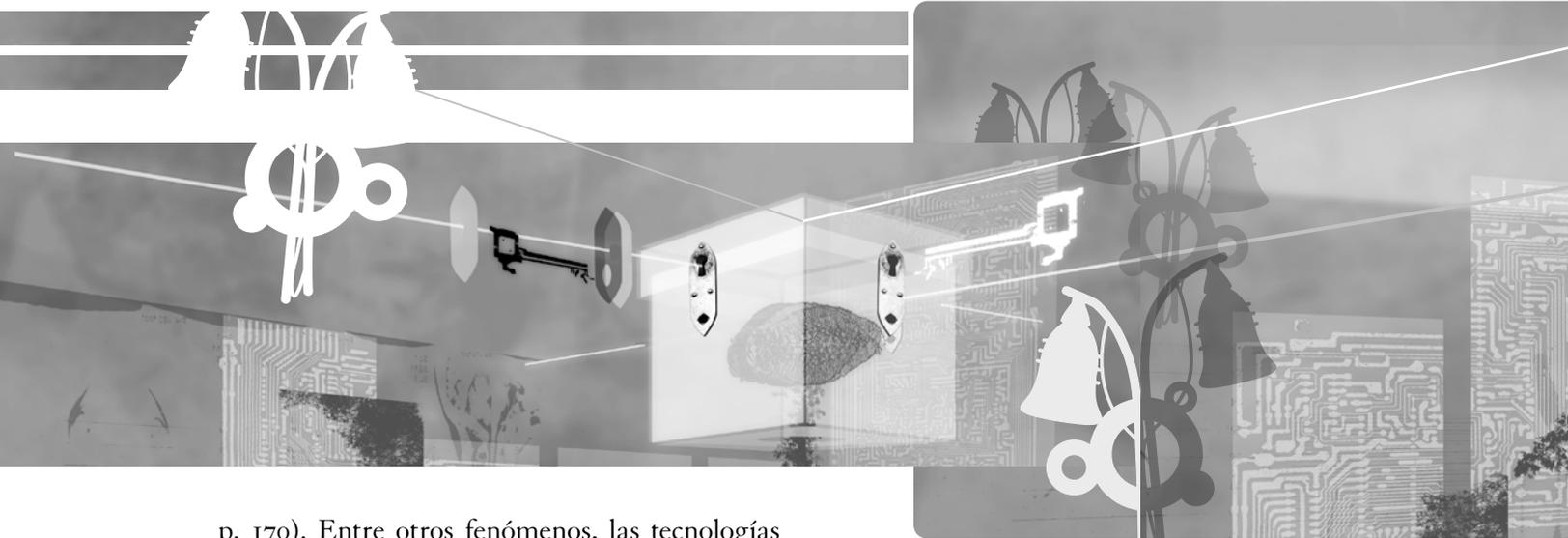
Una de las características fundamentales, que ha permitido el crecimiento exponencial de la red mundial de información, es que ha sido una plataforma abierta, lo que ha dependido de tres factores esenciales: “(1) *unlimited links from any part of the Web to any other*; 2) *open technical standards as the basis for continued growth of innovation applications, and*; 3) *separation of network layers, enabling independent innovation for network transport, routing and information applications*” (Berners Lee, 2007).

La importancia de estos elementos es que mantienen una red neutra y abierta, independientemente de cualquier *software, hardware*, cultura o lenguaje; en principio, estos elementos brindan la posibilidad de inclusión universal, pero la igualdad en la participación en la red no está determinada por esa neutralidad, sino en la capacidad en la innovación, creación y adaptación.

Sociedad red y propiedad intelectual

La información y el conocimiento siempre han sido elementos de poder; recordemos cómo en la mitología egipcia, Isis conoce el verdadero nombre de Ra y, por esta razón, tiene el control sobre él. El conocimiento, hasta hace poco, estaba reservado a pequeñísimas élites, quienes tenían el monopolio de la producción y acceso al saber científico, legal, político y artístico.

Manuel Castells nos advierte sobre un nuevo paradigma después del industrialismo, un paradigma tecnológico, “el informacionalismo”, paradigma que construye “la sociedad red” (2001,



p. 170). Entre otros fenómenos, las tecnologías de la información nos brindan la posibilidad de transmitir la información de una forma mucho más rápida y de construir redes de información mucho más ágiles, eficientes y dinámicas.

La *sociedad red* está basada en tres elementos distintivos: “1. La capacidad de éstas tecnologías [de la información] para ampliar por sí mismas el procesamiento de información en cuanto a volumen, complejidad y velocidad; 2. su capacidad recombinatoria, y 3. su flexibilidad distributiva” (Castells, 2004, p. 174).

La idea tradicional de una élite o de un grupo que contiene el gran poder, y la forma como lo han establecido y lo ejercen, en la idea de redes, se diluye. Las formas de dominación, que implican el control de las redes, son: 1. capacidad para programar y reprogramar las redes, es decir, el poder en este nivel lo poseen los programadores. 2. capacidad para conectar diversas redes, lo que genera un incremento de recursos; el poder lo poseen los enlaces.

Cada red está formada por ideas y valores culturales, y está constituida por la manera como se programa. La sociedad red, formada por redes digitales, es una sociedad global que no implica un acceso o inclusión universal. En el proceso, inmerso en la capacidad de reconfiguración de la sociedad red, se generan las exclusiones; así mismo, como asimila los elementos de valor para la red, excluye los que no lo proporcionan. Si entendemos

por brecha digital, *infraestructura*, la exclusión es mucho mayor; es la ausencia de capacidad para participar en la red. En otras palabras, el analfabetismo informacional segrega aún ante la existencia de conectividad. La capacidad está determinada por el valor, o capital del campo, el cual depende de cada red.

La sociedad red tiene como base una economía articulada en red, cuyo pilar es la innovación. Es una economía basada en la información, con dos ejes: 1. sistema financiero; 2. innovación (Castells, 2006, p. 57).

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en general, se han ubicado en el sector flexible del cambio social: “La tecnología en el amplio sentido de la palabra, pertenece al sector flexible, y la organización social y la ideología o el sistema de valores, al inflexible” (Hobsbawn, 1983, p. 24). En este sentido, no existen mayores resistencias a estas tecnologías; al contrario, se aceptan y asimilan con facilidad. Pero, en lo referido a las medidas tecnológicas de protección, la situación no se ha presentado de la misma forma. Este hecho se podría explicar, continuando con Hobsbawn, porque estas medidas trascienden al sistema de valores de las prácticas sociales de la información y rompe con la estructura tradicional de la normatividad (ley y costumbres) sobre el derecho de autor. La propiedad intelectual, en el contexto digital, está



sufriendo de ilegitimidad, por cuanto el marco normativo preexistente no se adecua a la nueva realidad. Las dificultades “de legitimación de las innovaciones sociales” se producen: “Cuando las sociedades tradicionales se hallan inmersas en un proceso más o menos drástico de transformación social. En otras palabras: cuando el rígido marco normativo del pasado se ve sometido a una presión límite y tal vez, como consecuencia, sea incapaz de funcionar de un modo adecuado” (Hobsbawn, 1983, p. 25). La propiedad intelectual está contrariando las expectativas de los consumidores y usuarios de contenidos.

Lograr establecer un equilibrio en las normas de propiedad intelectual permite construir una sociedad red, una sociedad del conocimiento y una sociedad del aprendizaje; ir mucho más allá de la sociedad de la información. La forma como se regule la propiedad intelectual nos da señales claras de la sociedad que se está construyendo.

Es necesario que la información logre generar los ambientes adecuados para que haya construcción, innovación, generación de nuevo conocimiento; esa es la sociedad del conocimiento, una sociedad dinámica en la producción. Una sociedad del aprendizaje exige una continuidad en la educación, un aprendizaje durante toda la vida de los ciudadanos, y esto sólo es posible con un acceso permanente a la información, con el acceso a las obras del patrimonio

cultural. Las bibliotecas se presentan hoy como sólidas entidades que potencialmente pueden contribuir a construir esta sociedad del conocimiento y el aprendizaje, ya que ellas buscan permitir el acceso a la información, un acceso constante, continuo, durante toda la vida de los ciudadanos.

Se destacan hoy movimientos como el que aboga por el *open access*, propenden porque exista un acceso a toda la información o, por lo menos, a la información de determinado campo del saber, para que esa información logre estar dentro de la comunidad científica y académica de ese campo, en un trabajo en red donde se genere nuevo conocimiento. De allí el papel vital de la academia como un espacio para que exista acceso y difusión de lo que se produce en ella.

La sociedad red es una sociedad cooperativa y colaborativa, lo que puede implicar amenazas para el respeto de los derechos de autor. Esta situación de oportunidad y de riesgo ha generado posiciones extremas. Por un lado, podemos representar la oposición a la propiedad intelectual, con el partido pirata (Piratpartiet), un movimiento político que surge en los países nórdicos, que apunta a la transformación radical de los derechos de autor: “*We wish to change global legislation to facilitate the emerging information society, which is characterized by diversity and openness*”². Este partido ve en la propiedad intelectual unas barreras de acceso, cuando se cobra por un contenido o cuando se controlan tecnológicamente. En la otra orilla se sitúan los titulares de los contenidos, de *software*, de música, de obras audiovisuales, quienes cada vez presionan más por una protección exacerbada, por una protección mucho más amplia.

Otro mecanismo que ha resultado efectivo dentro del expansionismo de la protección de derecho de autor a favor de los titulares de contenidos y de las industrias tecnológicas, en perjuicio del equilibrio, ha sido el fortalecimiento de tratados internacionales que obligan a los países suscriptores a establecer protección a las medidas tecnológicas

.....

2. Pirate Party Declaration of Principles version 3.1.

de protección. Entre esas dos posiciones extremas se mueven los conflictos normativos, políticos y económicos de la propiedad intelectual.

Esta situación ha originado que si antes la propiedad intelectual era asunto circunscrito sólo a unos expertos jurídicos, ahora es un tópico transversal; en las discusiones sociológicas, filosóficas, antropológicas, históricas, en todos los campos del saber se ha involucrado este tema: *“Traditional copyright thinking is still using the old philosophical concepts of 19th century. As copyright law has been an area taught and practised by a small circle of experts, it became self-referential, autopoietic, only fixed upon itself, unable to move. The world changed-but not the copyright lawyers. The philosophical concept remained unchanged, although the rest of the world was totally changed”* (Hoeren, 2003, p. 584).

Una de las características clave de la información en la sociedad red es la transparencia. La transparencia de la información significa que está abierta para que cualquiera pueda tener acceso a ella y transformarla. Cuando hablamos de medidas tecnológicas de protección, hablamos de todo lo contrario, hablamos de información cerrada, de la posibilidad de controlar el acceso y los usos, lo que puede impedir la transformación de los contenidos, la creación de nuevas obras.

El acceso abierto empezó a promoverse desde el *open source*, o sistema de código abierto, en el *software*. Los principios básicos de esta corriente son: 1. libre redistribución; 2. código fuente abierto; 3. permitir obras derivadas; 3. integridad, identificar variaciones; 4. versiones y atribuciones; 5. principio de igualdad, no discriminación; 6. principio de libertad de uso, no discriminar aplicación; 7. redistribución de licencia; 8. licencia no debe estar atada a una obra específica; 9. licencia no debe restringir otras obras; 10. neutralidad tecnológica.

Uno de los actores principales dentro del movimiento de acceso abierto es la figura del *hacker*, entendido como un experto en informática, que es apasionado por el conocimiento y cuya lógica de creación se basa en compartir y colaborar. El *grupo hacker* posee una ética, que se contrapone al modelo tradicional de la propiedad intelectual

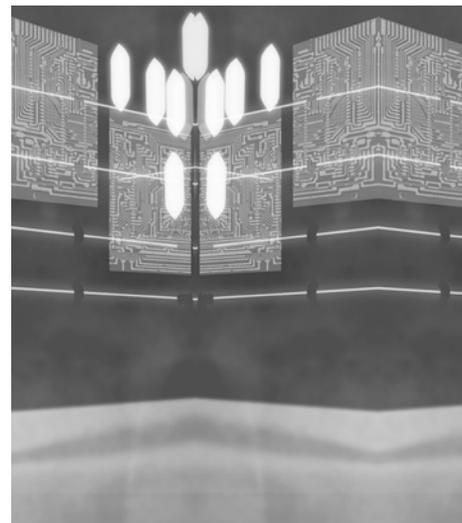
y al sistema de producción capitalista protestante. Como enemigos de esa tradición: “Nuestro Estado ha criminalizado ya la ética que constituye el núcleo del movimiento, transformando el significado de la palabra *hacker* [pirata informático] en algo totalmente diferente a su sentido original” (Lessig, 2001, p. 29).

En este contexto, el movimiento *hacker* hace parte de un romanticismo que sobrevive al utilitarismo económico, así: “Un espectro asedia la cibercultura: el espectro del romanticismo. [...] En todo caso, el contexto de esas ambigüedades es el del interior del sistema, el de los problemas del ciberespacio, y ahí no sólo debemos comprender, sino también aplaudir todo tipo de romanticismo heroico. Las luchas son demasiado importantes, las luchas de resistencia en el interior del sistema” (Hernández, 2008, p. 71).

La filosofía *hacker* no encuentra contradicción con el sentido de progreso social y justicia, que promueve el derecho de autor desde su interpretación teleológica. Sus resistencias al sistema de propiedad intelectual se encuentran en los lugares de fricción que ha generado un modelo legal que apenas empieza a comprender el cambio económico, político y cultural que se está produciendo con las tecnologías de la información.

Finalidad del derecho de autor

La propiedad intelectual es la protección jurídica que se brinda a las creaciones intelectuales, y está enmarcada dentro del derecho de la información. Sus principales ramas son la propiedad industrial, los derechos de obtentores vegetales, los conocimientos tradicionales y el derecho de autor. Una característica esencial de estos derechos es que otorgan a su titular un *ius excludendi*, o derecho de exclusión, cuyos límites



están marcados por los derechos de terceros y las disposiciones legales. Así, cualquier forma de explotación de la obra requiere autorización del titular, excepto aquellos casos fijados en la ley, que establecen un límite al derecho de propiedad intelectual.

Desde la imprenta de Gutenberg, en el siglo xv, empieza la difusión de las obras y las preocupaciones alrededor de la propiedad intelectual. Puntualmente, en 1469, se conceden los monopolios de impresión a Johannes de Speyer's, dándole un privilegio de cinco años para imprimir en Venecia y sus dominios. Se busca, de este modo, estimular la industria y la innovación: *"Art of printing something to be expanded rather than something to be abandoned"*³.

Con el estatuto de la Reina Ana de 1710, en Inglaterra, considerado el origen del *copyright*, se crea una legislación que tiene explícita su finalidad: *"An act for the encouragement of learning"*.

En los Estados Unidos, en 1789, el artículo primero, sección octava, de la Constitución establece que la legislación deberá promover el progreso de las ciencias y las artes: *"To promote the progress of science and useful arts"*. En 1790 se desarrolla este artículo con la legislación de *copyright* norteamericana.

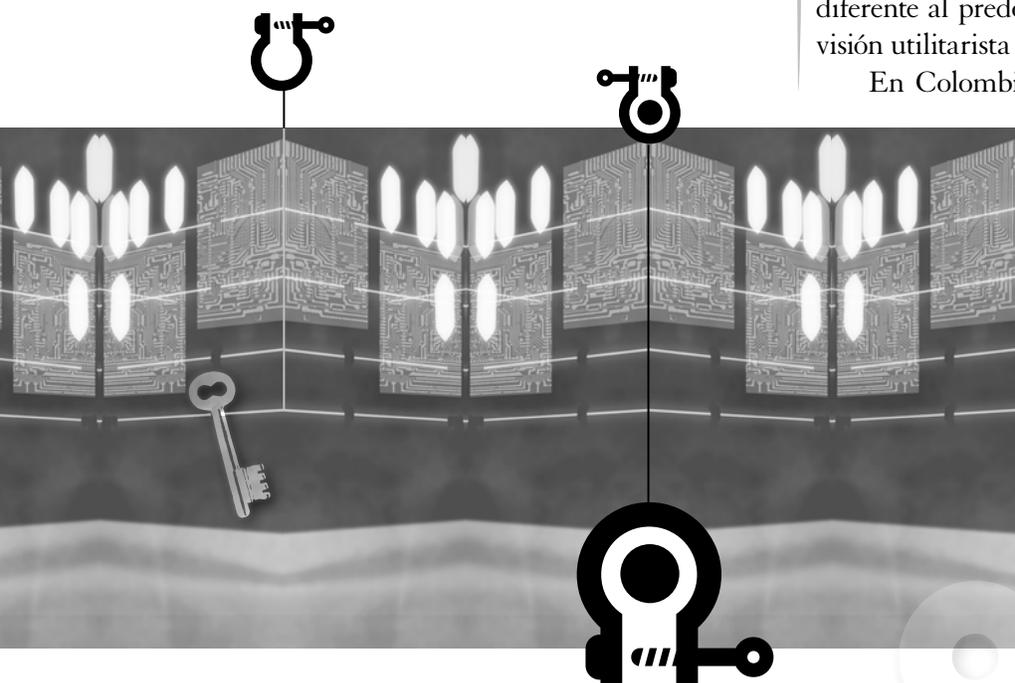
En Francia, con la Revolución Francesa, se dicta la abolición de todos los privilegios, dentro

de ellos, los de impresión. Pero, seguidamente, en 1791 y 1793, conscientes de la necesidad de que existan unas leyes que protejan a los autores, se crea una legislación de derechos de autor. A diferencia del *copyright*, de corte eminentemente utilitarista, el derecho de autor se caracteriza porque priman los derechos personalísimos; en otras palabras, en el derecho de autor se genera la idea de que éste hace parte de los derechos humanos.

Legislaciones recientes de derecho de autor, como la de China, establecen de forma clara el propósito de la normatividad. Más que proteger a los titulares de derechos, se trata de un mecanismo para asegurar el acceso a las obras y promover el bienestar público: *"Protecting copyright holders has never been the ultimate purpose of copyright law; it is rather a method to achieve the purpose of ensuring the public's access to copyrighted material and promoting the public welfare"* (Luo, 2006, p. 101). El artículo 1 de la Ley de Derechos de Autor de China establece: Esta ley es adoptada de acuerdo a la constitución, con el propósito de proteger los derechos de los autores de obras literarias, artísticas y científicas, protegiendo los intereses relacionados con los derechos de autor, fomentando la creación y diseminación de las obras para el bien del espíritu socialista y la esencial construcción cultural, promoviendo el desarrollo y la prosperidad de la ciencia y la cultura socialista". Esta ley, aunque en un contexto político diferente al predominante en Occidente, repite la visión utilitarista de la legislación de *copyright*.

En Colombia, el propósito de la propiedad intelectual y el derecho de autor no están explicitados en la legislación. De forma expresa, el único interés que se protege es el del autor. Para hallar las finalidades del derecho de autor resulta necesario,

.....
3. Johannes of Speyer's, *printing monopoly* (1469), traducción de Joanna Kostylo. Disponible en: <http://copyright-project.law.cam.ac.uk/>.



entonces, hacer un análisis sistemático desde el marco constitucional.

El artículo 7 de la Constitución Política nos otorga una orientación para saber hacia dónde se tiene que dirigir la legislación: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales [...] de la nación”. El artículo 61 establece el mandato para que exista una legislación de propiedad intelectual: “El estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. El artículo 58 impone la función social de la propiedad como pilar del Estado social de derecho: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles [...] el interés privado deberá ceder al interés público o social”, por lo que es inmanente la función social a la propiedad intelectual.

Las obras protegidas por el derecho de autor son manifestaciones culturales, y, en ese sentido, la pauta de interpretación de esta legislación debe estar acorde con el artículo 70: “*El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades [...]. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad*” (cursivas mías). Sin lugar a dudas, es un deber del Estado promover el acceso a la cultura; compromiso y obligación constitucional de permitir el acceso a las obras protegidas por el derecho de autor.

De igual forma, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha interpretado las normas de derecho de autor. De forma clara ha manifestado que el derecho de autor se trata de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural, donde se involucran los derechos simultáneos, tanto de los creadores como de toda la comunidad:

De los textos constitucionales de 1991 que hay una filosofía humanista, cultural e integracionista en la que se inscribe la protección de la propiedad intelectual: no se trata de una forma *sui generis* de propiedad sino de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional.

[...]

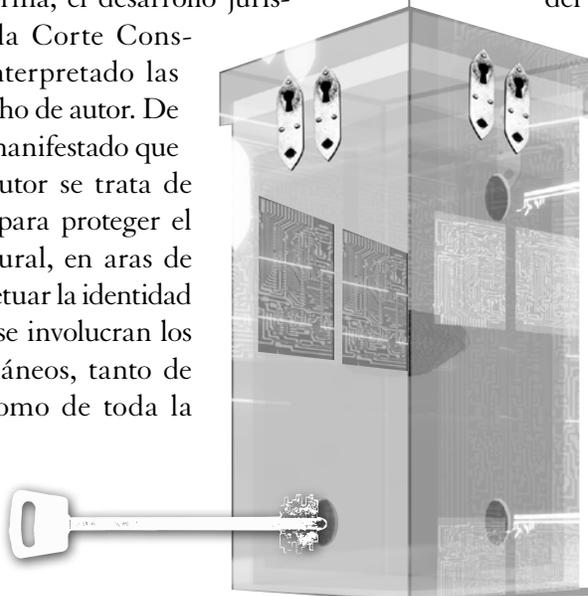
Una creación del espíritu que beneficie la cultura de un pueblo es algo que involucra simultáneamente los derechos del creador como los derechos de la comunidad. (C-334-93)

La finalidad del derecho de autor se asienta, entonces, en la necesidad de brindar un acceso de la cultura a toda la sociedad y de permitir, al mismo tiempo, la generación de incentivos para los creadores de obras y demás intervinientes en las denominadas *industrias culturales*.

Elementos básicos de **derecho de autor**

El derecho de autor proviene del *droit d'auteur*, originado en Francia a finales del siglo XVIII y en el siglo XIX; inspirado en el individualismo de la ilustración francesa, representado de forma paradigmática en la célebre frase pronunciada por Le Chapelier en el informe para las deliberaciones del decreto de enero de 1791: “La más

sagrada, la más legítima, la más inatacable, y si se me permite decirlo, la más personal de las propiedades es la obra, fruto del espíritu de un escritor”. Esta noción condujo a que se estableciera el derecho de autor dando prioridad al derecho personal, y dejando en un segundo plano la creación como un bien comercial, con una fuerte importancia económica.





Al contrario, la idea del *copyright*, del derecho anglosajón, corresponde a una visión utilitarista, donde los derechos personales han sido dejados de lado.

Derechos

El objeto del derecho de autor son las obras literarias, artísticas y científicas. La protección se brinda en dos sentidos: 1. derechos patrimoniales; 2. derechos morales. Los derechos patrimoniales consisten en las prerrogativas de tipo económico, que buscan la explotación financiera de la obra y que se conceden al autor o titular de los derechos. Los derechos morales atienden a una protección del autor en su relación personalísima con la obra; el poder que le otorga la ley al autor mediante estos derechos no corresponde a un interés económico, son de carácter extrapatrimonial, y buscan que el vínculo directo de la creación de la obra como una exteriorización de su individualidad sea respetado ante todo.

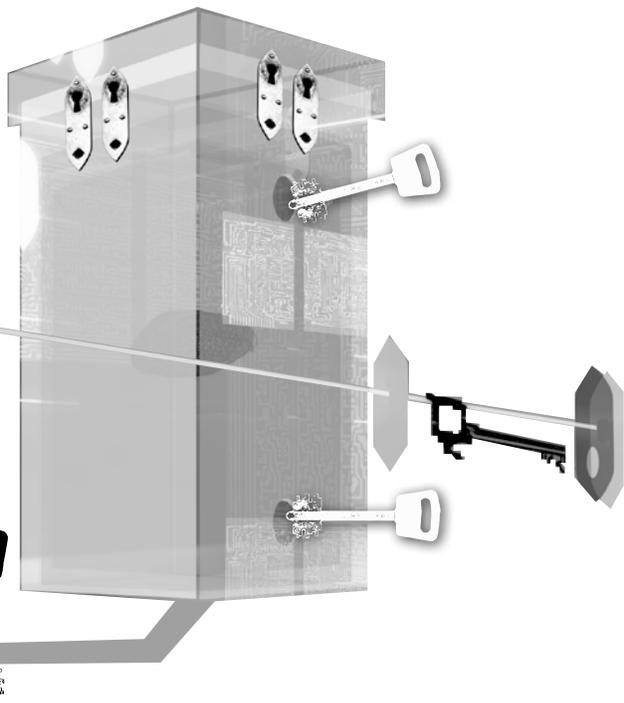
Limitaciones en el tiempo

Una de las características que diferencia la propiedad intelectual sobre la propiedad de bienes materiales es que la protección que se concede es por un tiempo limitado; esto se ha justificado de diversas formas,

pero, fundamentalmente, se ha argumentado que la decisión de limitar la protección a un tiempo determinado por la ley se debe a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses particulares del titular y el interés general del acceso a la información y la cultura. El discurso predominante respecto a los derechos de autor está contaminado de sofismas y axiomas, justificaciones de la existencia de derechos, limitaciones temporales y excepciones que no poseen evidencia empírica.

Nuestro sistema legal consagra una protección temporal, al igual que la de todos los países del mundo, a la mayoría de obras⁴; una protección que, como mínimo internacional, es la vida del autor y 50 años más⁵. Aduciendo la finalidad de equilibrar los intereses privados y públicos, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia C-334 de 1993 (magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), se expresa:

En cuanto al tiempo, razón de ser de la limitación no es otra que la función social de la propiedad, consagrada en los artículos 58 y 2º inciso segundo de la Carta. En efecto, la doctrina coincide en afirmar que una creación del espíritu que beneficie la cultura de un pueblo es algo que involucra simultáneamente los derechos del creador como los derechos de la comunidad. Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. De allí que el derecho de propiedad sobre dichos aportes no sea intemporal sino que, por un fenómeno convencional de transacción entre el mínimo que exige el goce exclusivo y el máximo de difusión que la comunidad exige, se fija discrecionalmente por el legislador un término razonable al cabo del cual el derecho individual de propiedad se extingue. La temporalidad del derecho



4. En Inglaterra, la obra *Peter Pan*, de J. Barrie, tiene una protección especial a favor del "Hospital for Sick Children, Great Ormond Street, London", por medio de la sección 301 de la UK Law of Copyright, Designs and Patents, Act 1988.

5. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, artículo 7.

intelectual busca finalmente resolver la tensión que existe entre el interés privado y el interés público.

Pero debe quedar abierta la pregunta sobre si una adecuada protección debe basarse en protecciones temporales, o si esta limitación en el tiempo proviene de un “derecho” que surge en privilegios del medioevo que todavía no logran superarse.

Excepciones

Las excepciones al derecho de autor son una serie de situaciones que establece la ley, en las cuales no hay que solicitar autorización del titular ni realizar remuneración alguna para usar la obra.

Cada excepción resulta de un interés y un bien jurídico diferente, que el legislador ha querido proteger. Fundamentalmente, las razones para la existencia de estas excepciones son las siguientes: 1. establecer la función social de la propiedad; 2. proteger y estimular la educación; 3. buscar la difusión de la cultura; 4. lograr la eficacia de la ley; 5. conservar y proteger el patrimonio cultural; 6. lograr mayor participación ciudadana en la vida democrática; 7. buscar que los derechos de autor no sean un obstáculo para las nuevas creaciones; 8. no obstaculizar actividades ni investigaciones judiciales; 9. garantizar la libertad de expresión.

Las características de las excepciones y limitaciones al derecho de autor están determinadas por lo que se ha denominado el *test* o regla de los tres pasos; así, todas las excepciones deben cumplir con los siguientes tres requisitos: 1. que sea un caso especial y específico; 2. que con su aplicación no se atente contra la normal explotación de la obra; 3. que con la excepción no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares del derecho de autor.

El rostro de Jano en el derecho de autor

La positivización, en el ámbito del derecho humano, del derecho de autor se ha efectuado teniendo en

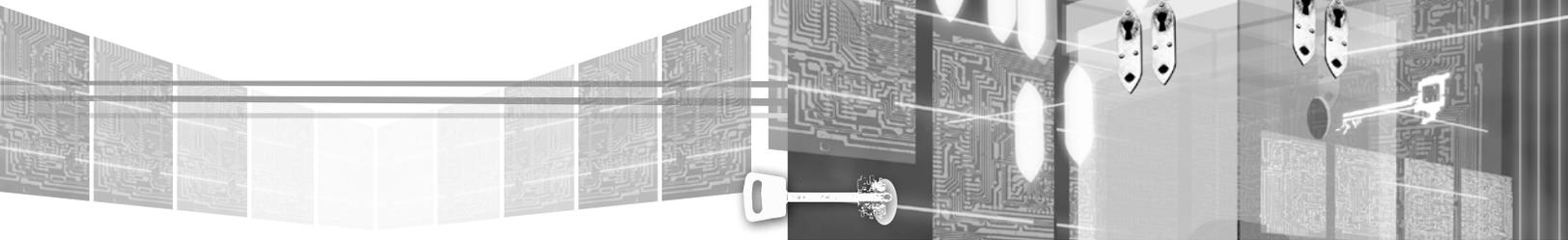
cuenta que existe una relación dialógica en el acto creativo. Es decir, un proceso simultáneo entre la participación social y cultural, la apropiación de las obras y la creación de derechos alrededor de intereses en el ámbito individual, que merecen ser protegidos. Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 27: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

La estructura del artículo 27 supone un sistema que carece de contradicciones internas, por ello, al pensar en los derechos de autor (inciso segundo), inmediatamente surge la vinculación con el derecho a participar en la cultura; es decir, acceso y libertad de creación (inciso primero), y viceversa.

Frente al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual contiene los elementos señalados del artículo 27 citado, Audrey Chapman resalta la participación de los países latinoamericanos en la confección de esta norma, la cual se articula con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶, y resalta la relación entre el derecho de autor y la participación cultural:

.....

6. Artículo XIII. “Toda persona tiene el derecho de *participar en la vida cultural de la comunidad*, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene, así mismo, derecho a la *protección de los intereses morales y materiales* que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.



Los redactores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideraban las tres disposiciones del artículo 15 como intrínsecamente correlacionadas entre sí. Tres instrumentos importantes de derechos humanos —la Declaración Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto— enumeraban esos derechos como componentes de un único artículo. Los derechos de los autores y creadores no sólo son buenos en sí, sino que se entendieron como condiciones previas esenciales de la libertad cultural y la participación y el acceso a los beneficios de los avances científicos.

[...]

En otras palabras, los derechos de autores y creadores deben facilitar en lugar de limitar la participación cultural, por una parte, y el progreso científico y el acceso a la ciencia, por otra. (Chapman, 2001, p. 14)

Frente a este punto, es claro el anexo II de la Declaración Universal de la Unesco sobre la *diversidad cultural*, que constituye las *orientaciones principales de un plan de acción para la aplicación* de la Declaración, que en su numeral 16 expresa: “Garantizar la protección del derecho de autor y los derechos con él relacionados, con miras a fomentar el desarrollo de la creatividad contemporánea y una remuneración justa de la labor creativa, defendiendo al mismo tiempo el derecho público de acceso a la cultura, de conformidad con el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Cuando una situación genera un conflicto entre estos dos componentes: nuevas creaciones y derechos de autor, se debe realizar una ponderación, la cual no se puede realizar por medio de una regla per se, o de una tábula rasa legal, sino en el análisis de cada caso concreto.

El artículo 9 de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural establece: “Las políticas culturales, en tanto que garantizan la libre circulación de las ideas y las obras, deben crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales diversificados, gracias a industrias culturales que dispongan de medios para desarrollarse en los planos local y mundial”. En esta misma dirección, podemos señalar que el derecho de autor es parte clave dentro del conjunto de políticas públicas, para garantizar la diversidad cultural.

Tecnologías digitales y la erosión del derecho de autor

El ambiente digital ha transformado radicalmente el potencial de explotación y uso de las obras; pero, además, ha generado una transformación conceptual en el objeto de protección del derecho de autor.

En la concepción clásica de la propiedad intelectual, y desde la concepción romántica, desde donde fueron planteadas estas normas, el objeto de protección son las creaciones del espíritu; en ese sentido, los desarrollos intelectuales de aplicación industrial, o que sean instrumentos de producción, están protegidos por la propiedad industrial.

Cuando el *software* empieza a convertirse en un activo económico importante, se empieza a discutir el camino jurídico para su protección. Esta clase de creación, en la mayoría de los casos, apela a un sentido instrumental, y, en ese sentido, su protección estaría orientada alrededor de la propiedad industrial, pero finalmente se estableció que el *software* es una obra literaria, y que su protección sería dada por el derecho de autor.

No ha sido un punto pacífico aceptar el *software* como una obra protegida por el derecho de autor (Rengifo García, 1993, p. 225): la admisión del *software*



ha implicado el desbordamiento y la ruptura de los principios que inspiraron a este sistema. El *software* es el epicentro de: “La creciente *invasión* por parte del copyright de territorios que, precisamente desde la perspectiva clásica, serían reorientados a la protección de patente. Basta recordar el formidable *blitz* del derecho de autor en el campo del software, expresión típica de las modernas tecnologías informáticas” (Ghidini, 2002, p. 89).

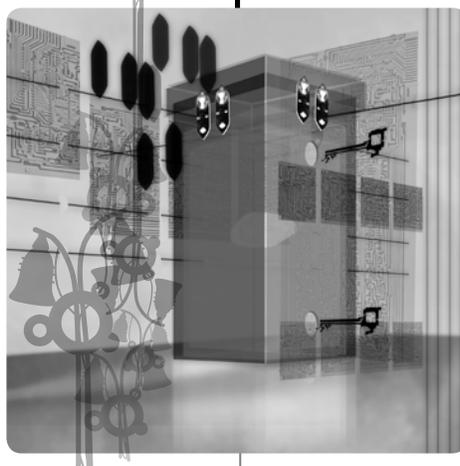
Entre el 2 y el 20 de diciembre de 1996 tuvo lugar, en Ginebra, Suiza, la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que dio como resultado el Tratado sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), denominados comúnmente como “tratados Internet”. Su finalidad esencial es la de adecuar el derecho de autor y conexos a las nuevas modalidades de explotación, mediante las tecnologías de la información y comunicación, al crear sobre este tema un marco normativo a escala mundial; así, estos tratados se caracterizan por: “Haber constituido un primer esfuerzo normativo eficaz para resolver aquellas cuestiones del derecho de autor que necesitaban de solución con la nueva tecnología digital, tienen como virtud su aplicación mundial, más allá del Derecho de los llamados países desarrollados” (Plaza Penadés, 2002, p. 151).

El artículo 11 del TODA y el artículo 18 del TOIEF establecen la obligación a las partes contratantes de brindar protección jurídica y recursos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección, que consisten en una serie de tecnologías que permiten el control por parte del titular, sobre los diferentes usos o el acceso a la obra.

Se ha erigido esta protección dentro de la legislación de derecho de autor; así, estos derechos se han constituido en una nueva clase de propiedad intelectual, cuyo objeto de protección son diversas

tecnologías. Es decir, estos derechos no recaen en obras artísticas, científicas o literarias, sino en tecnologías que generan ventajas para establecer estándares en las industrias culturales, en cuanto a los modelos de distribución de contenidos, y dispositivos de reproducción y acceso.

De esta manera, en el derecho de autor, el autor ha empezado a desaparecer. Claramente se plantea un cambio en los énfasis de los intereses protegidos por la legislación de derecho de autor; bajo esta perspectiva, domina la protección a la tecnología. Los intereses tradicionales de promover las ciencias y las artes se transforman; ahora la legislación tiene como objetivo contener los riesgos inmanentes a la pérdida de control por parte de los titulares de la información digital; el comercio sustituye el acceso



a las artes, y la economía, al progreso del conocimiento.

En esta misma línea, ya se empieza a reemplazar el término *obras* por el de contenidos o comunicaciones, y en los casos de la *cultura remix*, el creador pasa a ser usuario o consumidor-productor, y el acto de creación se convierte en generación. Así se han acuñado las producciones de la web 2.0: contenidos generados por usuarios (*UGC, user generated content o consumer generated media*).

Esta transformación conceptual está asociada al incremento de información digital y a la forma como ésta se produce. Se estima que el 75% de los 161 exabytes de información que fue creada o reproducida digitalmente en el 2006 corresponde a contenidos creados por usuarios (Gantz, 2007, p. 8). Este fenómeno proviene de la existencia de una red participativa, que, gracias a la capacidad recombinatoria posibilitada por las tecnologías de la información, permite, antes que crear nuevas obras, generar nuevos contenidos e información.

Esta explosión en la producción de información generada por usuarios supone unos impactos económicos, legales y sociales, que derivan en retos jurídicos y políticos (OECD, 2007, p. 44). Dentro de un amplio espectro de posibilidades se destacan los siguientes: garantizar la libertad de expresión y generar marcos específicos de responsabilidad de los usuarios por infracciones de derechos de autor, sin caer en la criminalización.

Riesgos para la propiedad intelectual

El derecho de autor siempre ha estado ligado al avance tecnológico; sus desarrollos han ido de la mano. La imprenta es un claro ejemplo; otro, es el caso de la fotografía. Con su uso comercial surgió la

inquietud de si la fotografía debía ser protegida por el derecho de autor:

The biggest obstacle to the application of intellectual property law to various situations in recent years has been the impact of technology on laws that were not designed with technology in mind. For example, photography fit very nicely into the existing concepts of copyright law because it was just another means of painting or drawing; motions picture, however, did not. In the early days of film, each frame of motion picture film was copyrighted separately, because the Copyright Office (a branch of the Library of Congress) didn't quite know how to treat it. (Wherry, 2002, p. 1)

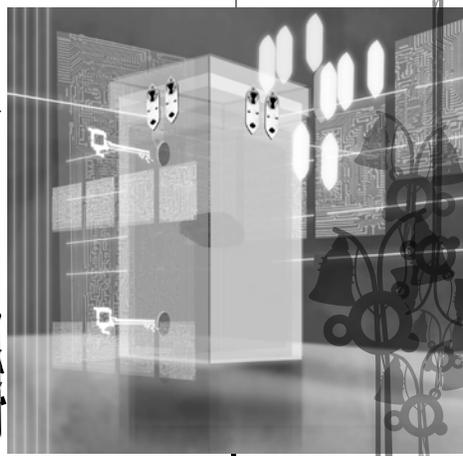
Más recientemente surgen tecnologías que empiezan a presentar problemas mucho más graves para el derecho de autor, como la electrofotografía, nombre de la patente con que conocemos a la fotocopiadora. Cuando surge este mecanismo de generación de copias, los editores observaron este

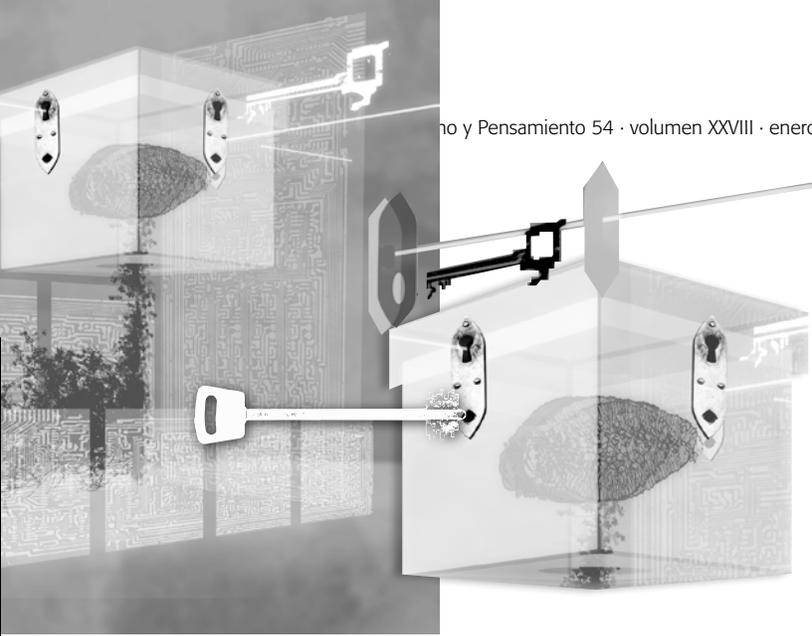
desarrollo tecnológico como una gran amenaza para los derechos de autor, para el *copyright*, porque permite y facilita la múltiple reproducción de obras. El caso es que no se trata de una tecnología creada para la violación de los derechos de propiedad intelectual: su origen se debe a la necesidad de reproducción de todo tipo de documentos impresos. Similar preocupación surgió con los reproductores de cintas de audio; cuando surgen las caseteras, éstas se consideran una gran amenaza para las casas discográficas, que, inmediatamente, empiezan una campaña donde intentan mostrar cómo se afecta el negocio musical, y llevan al extremo la situación, al manifestar que se estaba matando la creatividad y la industria, lo cual definitivamente no sucedió.

Se ha buscado que la tecnología proporcione herramientas para la protección de las obras, al dificultar la copia o agregar elementos de unicidad y originalidad a los ejemplares legítimos, con la implementación de medidas como el uso de sello a seco, o el uso de papel antifotocopia. Estos ejemplos de tecnologías, usadas en un ambiente

análogo para controlar e identificar la originalidad de los ejemplares. También, podemos encontrar hologramas, uso de tintas y cintas especiales, entre otros mecanismos para asegurar un mayor grado de dificultad en la falsificación.

Con el advenimiento de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), tanto para el almacenamiento, como para la transmisión y uso de las obras en formato digital, se ha facilitado la infracción de los derechos de autor, teniendo en cuenta múltiples factores, entre los que se destacan: 1. la dificultad de identificar a los infractores; 2. la distribución simultánea y a gran escala de reproducciones ilegales en los canales de súper distribución o sistemas *peer to peer* (que per se no son ilegales) o en sistemas FTP; 3. la facilidad y los bajos costos de copiar CD y DVD; 4. el intercambio de





claves y archivos por medio de *newsgroups* y correo electrónico; 5, la facilidad por medio de los motores de búsqueda de encontrar la información; 6, la posibilidad de realizar enlaces y ubicar contenidos en múltiples lugares.

Existen dos factores adicionales para tener en cuenta; en primer lugar, las copias digitales permiten reproducciones idénticas, donde no hay pérdida de calidad ni fidelidad de las obras, y, segundo, por medio de las redes de información y los dispositivos de reproducción portátil, ya no existe la necesidad de almacenar en un soporte físico la obra para poder tener acceso a ella y poder distribuirla (Rosenblatt, Trippe y Mooney, 2002).

Actualmente, la mayoría de la información que se produce es digital. Esto proporciona nuevas oportunidades y retos para el derecho de autor y los modelos de negocios de las obras protegidas. Surgen nuevas amenazas y riesgos para el respeto de estos derechos.

El auge de Internet se debe, en gran parte, a herramientas que facilitan la recuperación de información, a motores de búsqueda. La principal característica de la *sociedad red* es la facilidad de búsqueda y recuperación de la información. Además, los bajos costos de reproducción y distribución de la información, la ausencia de soportes, la posibilidad de tener acceso *on line*, prescindiendo de la necesidad de cargar con un soporte que fije la obra de forma permanente (cada día se extiende más el uso de dispositivos donde se almacenan de forma temporal los contenidos y se renuevan permanentemente, como los iPods o los televisores con disco duro).

Las obras netamente digitales, como las transmitidas por satélite y el *software*, se convierten en paradigmas de las obras digitales, las cuales están protegidas por el derecho de autor.

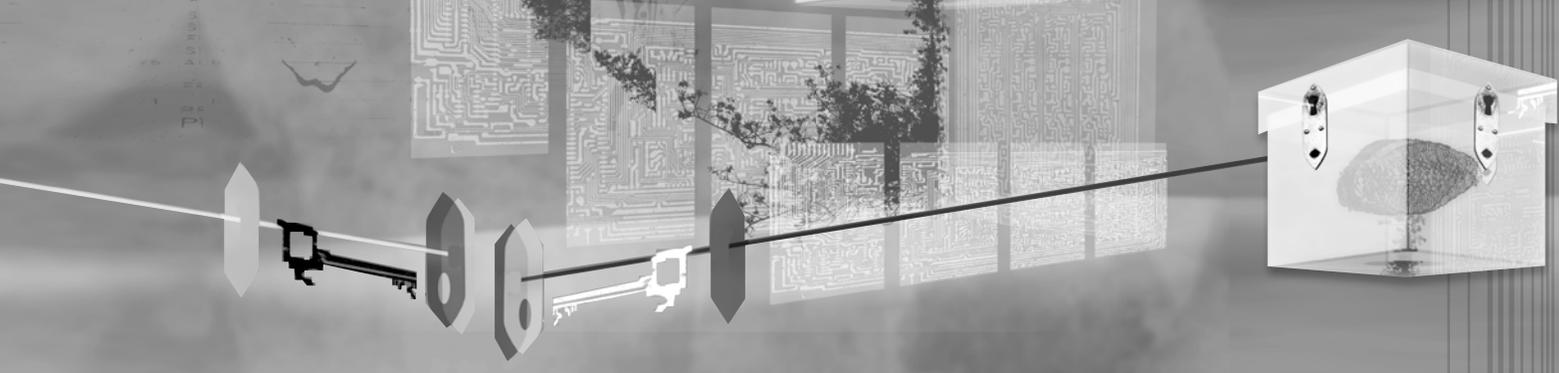
Es en estos dos campos, en la transmisión satelital y en el *software*, donde empieza a surgir una preocupación por crear medidas tecnológicas de protección y establecer unos mecanismos legales de protección a estas medidas. Al ser obras totalmente digitales, bits, ceros y unos, permiten la posibilidad, por medio de la criptografía y de otras técnicas, de controlar los usos y los accesos a estas obras. Las medidas tecnológicas de protección previenen que existan daños, que se infrinjan los derechos de los titulares. Así, es pertinente la evocación a Nietzsche, quien nos dice: “Así los hombres no huyen tanto de ser estafados, como de ser perjudicados por la estafa. En el fondo, tampoco en este estadio odian el engaño, sino las malas y hostiles consecuencias de ciertos géneros de engaño” (Nietzsche, 2001); es decir, es la lesión la que se debe evitar.

Las medidas tecnológicas protegen del daño, intentan minimizar riesgos y establecer controles sobre información que está protegida por el derecho de autor.

Computación confiable

La computación confiable busca minimizar riesgos, reducir fallas de seguridad informática, evitar la piratería, brindar mayor control, información y seguridad a los proveedores de servicios y contenidos, y a los consumidores y usuarios.

Los sistemas DRM (*digital rights management*), o de gestión digital de derechos, tienden a desarrollar un equilibrio entre riesgos y confianza, teniendo en cuenta los derechos de todos los actores envueltos en la creación y distribución de contenidos, así: “*Creators have creator rights, owners have owner rights, distributor have distributor rights and consumers have consumer rights. DRM refer to a set of technologies and approaches that establish a trust relationship among the parties involved in a digital asset creation and transaction*” (Zhang y Sabu, 2006, p. 1).



Parte de la industria tecnológica está enfocada en el desarrollo de medidas tecnológicas y en sistemas DRM. La Trusted Platform Computing Alliance (TCPA) reúne la parte más significativa de la industria de contenidos y de la industria tecnológica. Trabajan en el futuro de la gestión y comercialización de contenidos digitales: la computación confiable. Buscan que el titular de los contenidos tenga control, pero no un control donde no se puedan realizar reproducciones, sino que el titular conozca quién y cómo se realizan los usos de sus obras.

Este modelo genera grandes problemas de privacidad, al rastrear las actividades con los contenidos. Este y otros problemas deberán ser estudiados detalladamente para que no se improvise, como, parece, ha sucedido hasta ahora. Las medidas tecnológicas de protección, los DRM, la computación confiable, están todavía en sus inicios, y algo claro es la interdisciplinariedad de estos temas, los cuales tienen que ver con ingeniería, matemática, historia, sociología, derecho; así, el debate necesariamente deberá volverse transdisciplinar.

Uno de los elementos principales del desarrollo futuro de los DRM son los lenguajes de expresión de derechos (REL). Los REL permiten que todo este nuevo modelo se adapte a las necesidades reales del equilibrio que tiene que existir entre el acceso, los derechos de los consumidores, las excepciones al derecho de autor y los derechos de los titulares. Estos lenguajes de expresión de derechos son lenguajes de programación que permiten la expresión de las condiciones de las licencias, de los controles sobre el uso o el acceso de las obras. Esto permite que, por medio de un lenguaje informático, exista interoperabilidad, sin que los riesgos de los titulares se incrementen; por ejemplo, un dispositivo identificaría que el usuario va a realizar una reproducción en una biblioteca, y permite hacer las copias. En esa dirección tienen que evolucionar los sistemas DRM.

La tecnología no puede cercenar las excepciones al derecho de autor que están creadas; al contrario, podrían ampliarse, para lograr un entendimiento entre esos dos puntos, entre la ingeniería, la computación confiable y las necesidades sociales.

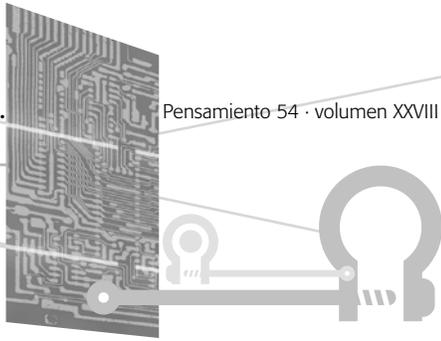
Conclusiones

Ante las posibilidades que ofrece una sociedad como en la que vivimos se presentan nuevos retos, y una de las áreas que más desafíos enfrenta es la del derecho, tal como sentencia Gustav Radbruch frente a las diferentes y particulares circunstancias de cada tiempo y de cada sociedad “Toda época debe reescribir su ciencia del derecho”.

Hacer de la sociedad de la información un lugar que brinde seguridad a sus partícipes, esa es la labor del derecho, y para satisfacer esta necesidad es indispensable legislaciones, jueces y debates que tengan como punto de gravedad la tecnología, en todas sus manifestaciones: informática, genética, protección del conocimiento, telecomunicaciones, etc. Ahora más que nunca el derecho se convierte en un área interdisciplinar, donde desembocan conocimientos de múltiples materias para armonizar un sistema jurídico con un sistema social complejo.

Representa un cambio tan importante que es necesario volver a conceptualizar múltiples instituciones de nuestra sociedad, como lo predice Roger Chartier:

Ha llegado pues el momento de redefinir las categorías jurídicas (propiedad literaria, copyright, derechos de autor), estéticas (originalidad, singularidad, creación), administrativas (depósito legal, biblioteca nacional) o biblioteconómicas (catalogación, clasificación o descripción bibliográfica) que fueron concebidas y construidas en todos los casos en relación con una cultura escrita cuyos objetos eran por completo diferentes de los textos electrónicos.



La protección no debe circunscribirse a la propiedad privada, sino que debe ser tan amplia como para satisfacer los demás intereses de la sociedad. Es necesaria una política integral para una debida protección de contenidos digitales, que, de paso, será la puerta de acceso para que los países en vías de desarrollo vayan superando su lugar, bastante despreciable, en la amplísima brecha que existe hoy en día entre los países “inforricos” e “infopobres”. La protección, en ningún momento, implica restricción de acceso; al contrario, una política seria debe velar por proteger los intereses de las industrias culturales de forma que prevalezca el acceso a la información, la educación y la cultura. Así, solamente en la medida que se brinde seguridad a las inversiones en tecnología, para la construcción de conocimiento y desarrollo científico, se podrá promover la difusión y la creación continua de obras y contenidos.

Por otro lado, la protección establecida actualmente en la legislación de derecho de autor restringe el acceso a los contenidos; las excepciones establecidas para fines educativos son cortas e insuficientes, al igual que las excepciones relacionadas con investigación, y las inexistentes excepciones referidas a las medidas tecnológicas de protección. Frente a estos puntos quedan abiertas dos preguntas esenciales.

Las medidas tecnológicas de protección son un tema demasiado reciente, que, en principio, ha tenido una legislación desafortunada que ha logrado crear un ambiente de ilegitimidad bastante alto, como resultado se ha generado todo un movimiento mundial en contra de estas tecnologías, que envuelve también a los sistemas DRM.

La explotación de las obras en el ambiente digital está llamado a realizarse, en especial, por aquellos agentes que controlen las herramientas de localización, organización y recuperación de la información, particularmente bibliotecas, bases de datos y motores de búsqueda. Pero será necesaria una integración y real convergencia en las indus-

trias, pues mientras las compañías que generen tecnología quieran aprovechar los contenidos de terceros, será necesario un marco de respeto y responsabilidad bastante claro para no incentivar industrias con relaciones “parasitarias”; pero, también, generar los mecanismos adecuados para que los ciudadanos no se vean perjudicados ante las confrontaciones legales entre los proveedores de servicios de información y los titulares de los contenidos.

La protección de contenidos digitales no merecerá gran atención si no está circunscrita a la posibilidad de brindar acceso a los contenidos que se protegen. Un primer paso fundamental es la creación de un sistema digital de disponibilidad universal de obras, para lo cual será fundamental digitalizar las colecciones de todas las *bibliotecas nacionales* y aprovechar las plataformas DRM para brindar acceso seguro a todas las obras contenidas allí; en este camino va el sistema de bibliotecas públicas de Nueva York, al empezar a ofrecer a sus usuarios préstamo *on line* de material sonoro, audiovisual y de textos electrónicos. Debe pensarse en un sistema semejante, a una escala mucho más amplia y aunando esfuerzos como los que se planean en este momento con la creación de la Biblioteca Digital Europea, en el marco del programa cultural de i2010; así, una iniciativa similar, que aproveche las experiencias internacionales, podrá darse en Iberoamérica. De esta forma, se asegura la preservación del patrimonio documental y se brinda un sistema que democratice realmente el acceso.

Teniendo en cuenta las palabras de Ulrich Beck, es necesario asumir una posición “herética” y cuestionarnos sobre el desarrollo legislativo y jurisprudencial, y el impacto social de esta protección:

La decisión sobre el desarrollo científico-técnico y su explotación económica quedan al margen de la política [...] El progreso es la carencia de programa sin necesidad de consenso. El cambio social permanente hacia lo desconocido. Suponemos que va a ir bien, que en última instancia siempre se podrá reorientar en un sentido progresista, cuando nos afecte y nos amenace con la aniquilación. Pero

incluso el propio hecho de cuestionar hacia dónde y para qué resulta algo herético. (Beck, 2006, p. 345)

En todo caso, la preocupación por los riesgos de la información digital, las oportunidades para nuevos modelos de negocios y la explotación concerniente a la explosión del uso de las TIC ha llevado a un desequilibrio, que en la *sociedad red* es insostenible. Países como Colombia, que apenas se encuentran solucionando problemas de educación básica, necesitan crear el ambiente normativo adecuado para permitir el acceso a la información, basados en lo que Pekka Himanen denomina una “nética”:

Definida por los valores de la actividad y la preocupación responsable. En este contexto, actividad implica una completa libertad de expresión [...] Preocupación responsable significa aquí ocuparse de los demás como fin en sí mismo, con el deseo de eliminar de la sociedad red la mentalidad de supervivencia que, con pródiga facilidad, acostumbra a derivarse de su lógica. Esto incluye la meta de lograr que todos participen en la red y se beneficien de ella. (2004)

Es necesario estar atentos a que se mantenga el equilibrio:

Entre *right* y *aces*, es decir entre propiedad y libertad, que es la base del modelo clásico de la propiedad intelectual, con su típica regulación de los confines entre patente y copyright, explica un modo de intercambio no superado entre la sociedad y los poseedores de los medios de producción en base al cual se atribuye a los segundos un derecho exclusivo temporal con el fin, no de crear ni reforzar *beati possidentes*, sino de promover, en un contexto competitivo vivaz, *science and the useful arts*. Aquel modelo, con apenas algunos retoques, sigue siendo una obra maestra de equilibrio (y de ciencia) que hay que defender vigorosamente de los *modernos* asaltos neoproteccionistas. (Ghidini, 2002, p. 97)

Es necesario recordar que el sistema internacional de derecho de autor fue construido por

un grupo de románticos, encabezados por Víctor Hugo y el colombiano José María Torres Caicedo. Parece que actualmente los herederos del romanticismo, con las particularidades de esta nueva época, quienes abocan por espacios de libertad, progreso del conocimiento e inclusión, son aquellos que luchan por mesurar el expansionismo de la propiedad intelectual.

Referencias

- Barlow, J. P. (1996), *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Davos, s. e.
- Beck, U. (2006), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós.
- Berners-Lee, T. (2007), “Testimony of Sir Timothy Berners-Lee Before the United States House of Representatives Committee on Energy and Commerce Subcommittee on Telecommunications and the Internet Hearing”, en: *Digital Future of the United States: Part I. The Future of the World Wide Web*, Nueva York.
- Burke, P. y Briggs, A. (2002), *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Taurus.
- Castells, M. (2004), “Informacionalismo y la sociedad red” [epílogo], en Himanen, P., *La ética de hacker y el espíritu de la era de la información*. Barcelona, Destino Libro.
- (2006), *La teoría de la sociedad red. La sociedad red: una visión global*, traducción de Francisco Muñoz de Bustillo, Madrid, Alianza Editorial.
- Chapman, A. R. (2001, julio-septiembre), “La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado (c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Boletín de Derecho de Autor*, vol. xxv, núm. 3, Unesco.

- Chartier, R. (2003), *Estudio preliminar. Carta sobre el comercio de libros de Denis Diderot*, traducción de Alejandro García Schnetzer, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Cordón García, J. A. (1997), *El registro de la memoria: las bibliografías nacionales y el depósito legal*, Gijón, Ediciones Trea.
- Gantz, J. F. (dir.) (2007), *The Expanding Digital Universe, A forecast of Worldwide Information Growth Through 2010*, s. l., IDC.
- Ghidini, G. (2002), *Aspectos actuales del derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, traducción al español de José Miguel Embid Irujo, Granada, Comares.
- Hernández Sánchez, D. (2008), "Hackers, hacktivistas, artistas y otras especies fronterizas", en: *Pensamiento herido, filosofías, ficciones e insistemas de sonido España-Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Embajada de España en Colombia.
- Hesse, C. (1998), *Los libros en el tiempo, el futuro del libro, ¿esto matará eso?*, traducción de Irene Nuñez Aréchaga, Barcelona, Paidós.
- Himanen, P. (2004), *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, prólogo de Linus Torvalds, epílogo de Manuel Castells, Barcelona, Destino Libro.
- Hobsbawn, E. J. (1983), *El sentido del pasado. Marxismo e historia social*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, Instituto de Ciencias.
- Hoeren, T. (2003), *Copyright Dilemma: Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction? Digital Rights Management, Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlín, Springer-Verlag.
- Ibáñez, J. (2005), *El control de Internet, poder y autoridad en los mercados electrónicos*, Madrid, Catarata.
- Lessig, L. (2001), *El código y otras leyes del ciberespacio*, traducción de Ernesto Alberola, Madrid, Taurus.
- Luo, L. (2006), *Legal Protection of Technological Measures in China*, EIPR.
- Nietzsche, F. (2001), *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Valencia, Diálogo.
- OECD, Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy (2007), *Participative Web: User Created Content [Internet]*, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/14/38393115.pdf>.
- Plaza Penadés, J. (2002), *Propiedad intelectual y sociedad de la información*, Navarra, Aranzadi.
- Pozzo, R. (2005), *L'Autore E I Suoi Diritti, Scritti Pelomici Sulla Proprietà Intellettuale*, Milán, Biblioteca di via Senato Edizioni.
- Rengifo García, E. (1993), "El derecho de autor y las nuevas tecnologías", en: *Homenaje a Fernando Hinestrosa, 30 años de Rectorado Universidad Externado de Colombia*, tomo III, Bogotá, Estudios de Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia.
- Rosenblatt, B.; Trippe, B., y Mooney, S. (2002), *Digital Rights Management Business and Technology*, Nueva York, M&T Books.
- Wherry, T. L. (2002), *The Librarian's Guide to Intellectual Property in the Digital Age*, Chicago, American Library Association.
- Williams, R. (2006), *La sociedad red desde una perspectiva histórica. La sociedad red: una visión global*, traducción de Francisco Muñoz de Bustillo, Madrid, Alianza Editorial.
- Zhang, Y. y Sabu, E. (2006), *A Novel Framework for Multiple Creatorship Protection of Digital Movies*, Nueva York, Springer Berlin/Heidelberg.

