

Acceso al conocimiento y a la cultura: enfoque desde el derecho de autor

Mónica M. Boretto / Universidad de Buenos Aires

Resumen

Las problemáticas del acceso al conocimiento tienen un enfoque particular desde el derecho de autor, para el cual es importante generar un espacio de debate, conocimiento y concienciación destinado a promover una mayor profesionalización de la edición en esta temática, así como la generación de un pensamiento crítico en las áreas más controversiales y dinámicas de la actividad.

Introducción

Como dice Raymond Williams, *cultura* es una de las dos o tres palabras más complicadas de la lengua, en parte debido a su intrincado desarrollo histórico en los idiomas europeos, pero principalmente porque se usa para conceptos importantes en varias disciplinas intelectuales y varios sistemas de pensamiento distintos e incompatibles. No obstante, existe una relación intrínseca entre cultura, lenguaje, información y conocimiento, en la cual contenido y continente tienden a imbricarse. En el entorno digital, los mensajes se solapan en los medios, y el lenguaje converge en una relación de oralidad-escritura. Integradas en un espacio común, las expresiones literarias y artísticas se protegen por derecho de autor, una rama de la propiedad intelectual (PI). Esto significa la existencia de un *derecho de propiedad*, exclusivo y de naturaleza individual, que acarrea la restricción de acceso, cuando estamos ante material protegido bajo dichas reglas, lo cual genera una inevitable tensión entre los sistemas propietarios y el libre acceso a la producción cultural. Dado que la cultura involucra todos los aspectos de las actividades humanas, esta cuestión debe ser objeto de un debate social amplio, sin caer en enfoques reduccionistas. Es evidente que no podemos desproteger a las industrias creativas ni ponerle un candado al

conocimiento. Tales soluciones son igualmente negativas en la medida que parten de hipótesis falsas y conducen a soluciones injustas. Por lo tanto, proponemos examinar los aspectos que deberían ajustarse en la legislación y práctica del derecho de autor, para lograr una adecuada adaptación del sistema de propiedad intelectual a la sociedad de la información, en contextos educativos, informativos, científicos, artísticos, creativos y críticos.

Sociedad de la información

El concepto *sociedad de la información* hace referencia a un paradigma que ha generado profundos cambios en la *sociedad*, y que la caracteriza como tal, impulsado principalmente por la disponibilidad para crear y divulgar información que proveen las tecnologías y redes digitales. Los flujos de información, las comunicaciones y los mecanismos de coordinación están digitalizándose masivamente, en un proceso que se traduce en la aparición progresiva de nuevas formas de organización social y productiva. La tecnología digital ha creado el instrumento más poderoso de democratización del conocimiento desde la invención de la imprenta de tipos móviles. Esas tecnologías han dado paso a una reproducción perfecta de las obras culturales con costos marginales próximos a cero y una capacidad sin precedentes de distribución a velocidades asombrosas y a escala global. A su vez, el concepto de *información*, como expresión comprensiva de conocimiento y cultura en el contexto digital, puede explicarse como un nuevo orden y a la vez desorden que experimenta la sociedad contemporánea (Lash, 2005). Sus cualidades primarias son el flujo, el desarraigo, la comprensión espacial y temporal, y las relaciones en tiempo real. De manera que la tecnología es —como siempre lo ha sido— un modo fundamental de comprender el mundo. En consecuencia, la información es una característica primaria de la sociedad y lo digital, una condición actual de las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Esta circunstancia condiciona la forma de pensar y crear, y genera nuevas formas de cultura en las cuales el medio es extremadamente relevante. Innis, Mumford y McLuhan señalaron la importancia de los medios de comunicación,

sintetizada en el aforismo “el medio es el mensaje”.¹ Creadores de numerosos conceptos —hoy muy populares— acerca de la información, tales como la *galaxia Gutenberg* o la *aldea global*, impulsaron ideas tales como “somos lo que vemos” y “formamos nuestras herramientas y luego estas nos forman”. En esta línea, podríamos afirmar que los medios son más agentes de *posibilidad* que de *conciencia*, comparables con vías, antes que con obras de valor artístico o modelos de conducta a seguir (Innis, 2008). Los medios no son sino fuentes a través de las cuales recibimos información. Sin embargo, para la concepción de McLuhan, cualquier tecnología es una extensión de nuestro cuerpo, mente o ser. Son herramientas de extensión de las habilidades humanas, de las cuales las computadoras serían la extensión de nuestro sistema nervioso central. Lash (2005) lo ratifica al concluir que la palabra clave no es *información*, sino *comunicación*,² pues esta permite el alcance global. La comunicación es el vínculo conector entre lo informacional y lo global. De allí que nuestro objetivo de análisis sean las posibilidades de comunicación, y no la información o el conocimiento en sí; las relaciones de cómo los medios de comunicación influyen en el acceso al conocimiento; y las restricciones que —en determinados contextos— puede implicar el derecho de autor.

Propiedad y mercado. La era del acceso

La propiedad es una expresión creada por los romanos, en el sentido de poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer de él, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Una concepción individualista de dominio, de naturaleza real, que faculta a un individuo para

¹ Cfr. Escuela de Toronto: <<http://www.iifl.unam.mx/html-docs/tradretor/toronto.pdf>>.

² “La primera generación de la sociedad de la información dio grandes empresas de información: la generación de Intel, Microsoft e IBM. La segunda generación ha producido las grandes compañías de comunicaciones, el crecimiento de las firmas del sector de la red como Cisco, Oracle, AOL, Netscape y Yahoo. Estas empresas proporcionan una infraestructura: una infraestructura de comunicaciones para Internet”. Cuando Lash (2005) escribía esto, en 2001, aún no se iniciaba la avanzada de Google.

“disponer” de una cosa a su voluntad. El origen romano implica un enfoque de la propiedad en sentido subjetivo, como sinónimo de facultad o atribución correspondiente a un sujeto. Naturalmente, el derecho evolucionó hacia una concepción social, y a criterios objetivos de la propiedad. En el campo específico de la PI, nuestra legislación recoge una noción liberal y mixta —entre el derecho anglosajón acogido en el art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho continental— al establecer que “el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma” (art. 2, Ley 11.723), sumado a facultades extrapatrimoniales dispersas en la ley. La “facultad de disponer” es la que confiere derechos exclusivos al titular, quien, por ende, es el único autorizado por la ley para autorizar el acceso. Pero esa función tradicional de la *propiedad*, que regulaba la relación entre las personas y las cosas, propia de un mundo físico, está cambiando radicalmente. Por ejemplo, mientras que *propiedad* y *mercado* eran prácticamente sinónimos en la Edad Moderna, hoy asistimos al desplazamiento de la concepción tradicional de la propiedad por la del acceso. Por otra parte, la palabra *mercado* apareció en Inglaterra en el s. XII y hacía referencia al espacio físico en que se intercambiaban bienes y ganado. Para finales del s. XVIII, el término ya era utilizado para describir el proceso abstracto de comprar y vender cosas. Actualmente, la riqueza ya no reside en el capital físico, sino en la creatividad humana. El capital intelectual, a diferencia del capital físico, raramente se intercambia, más bien se explota mediante licencias de uso limitadas en el tiempo. La velocidad de la innovación y las aplicaciones tecnológicas hacen que con frecuencia la noción de *propiedad* resulte ambigua. Como señala Rifkin (2000), en la *era del acceso* los suministradores que acumulan un valioso *capital intelectual* (Bernardez, 2008) comienzan a ejercer el control sobre los términos y condiciones del *acceso* al conocimiento, y las tecnologías expertas resultan decisivas. Se evidencia un proceso de desplazamiento de la producción industrial a la cultural, en el cual el cambio es la única constante —en el sentido de creación de valor en la sociedad de la información—. Una economía global sustentada en redes digitales impulsa una

tremenda aceleración en la innovación tecnológica, y es impulsada por ella; los procesos, dispositivos y servicios quedan rápidamente obsoletos. La *propiedad* a largo plazo se torna menos atractiva, lo que promueve el acceso a corto plazo. El proceso es muy exigente y continuo (Castells, 1996). De allí que la producción cultural, protegida por la propiedad intelectual desde la invención de los procesos industriales de reproducción, fue adaptándose al devenir tecnológico hasta la superación del formato analógico. Tal como lo señalan los modelos del pensamiento clásico —Parménides y Heráclito—, el derecho de *acceso* a la información impone la necesidad de analizar el impacto tecnológico y determinar los elementos que deben permanecer y los que deben cambiar, para preservar su función primigenia de la PI en la promoción del conocimiento, el arte y la cultura.

Propiedad intelectual en Internet

Como consecuencia de esa metamorfosis, en la actualidad el derecho de autor genera intensos debates, aún con posterioridad a los “Tratados Internet” de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).³ Conformando una especie dentro del género PI, fue concebido para las necesidades de una sociedad industrial, y sustentado en el modelo operativo de la copia y la distribución territorial. Dependiente del impulso tecnológico, no escapa al cisma que produjeron Internet y el desarrollo de las TIC. Bajo modelos de explotación perimidos, el derecho de autor revela el problema de la adaptación a la realidad y de la justificación en términos sociales. Como hemos expresado, la *tecnología digital* provee una capacidad de copias infinita y distribución global en tiempo real, a un costo ínfimo. Por lo tanto, las necesidades de la producción y el acceso al conocimiento y a la cultura imponen la necesidad de adecuación del derecho de autor para no perder su relevancia. La mayor tensión se expresa entre valores jurídicos igualmente legítimos y de rango constitucional, como el *derecho de*

³ Cfr. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>>; y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/>>; aprobados en Ginebra, 1996.

propiedad, que ampara la creación como un activo intangible y objeto de protección como bien privado, y el *derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información*, que confiere prevalencia al conocimiento como bien público. El modelo de negocio tradicional del sector editorial y de las industrias creativas se ha fundado en la teoría de la escasez, como forma de establecer un valor del producto y de sustentabilidad de estas. De esta forma, y mediante derechos exclusivos, se promocionan como creativas pero se restringen los usos no autorizados, calificados como usos infractores. En efecto, la clave del sistema de PI está dada por los derechos exclusivos de autorizar o prohibir actos de explotación, con la finalidad de promover la creación y el beneficio del público en el disfrute del resultado de esta. Es dicha exclusividad la que genera la escasez y provee valor en términos de mercado a las creaciones. Para equilibrar los intereses de los actores involucrados (los titulares de los derechos de PI, los intermediarios y el público consumidor), los sistemas jurídicos han establecido ciertas limitaciones: a) duración limitada en el tiempo (plazo de protección o dominio privado) y b) catálogos de casos de libre utilización (derecho de cita, ilustración para la enseñanza, uso privado, etcétera) o usos honrados (*fair use*), casos en los cuales las creaciones del intelecto pueden ser de libre uso (dominio público). Ahora bien, Internet representa un paradigma de abundancia, de sistemas abiertos, de usos libres y compartidos, de interactividad, de redes sociales, de deslocalización, globalidad y autorregulación, en franca oposición a la concepción tradicional de la PI. Por lo tanto, es lógico pensar en el cisma en la propiedad de la información (conocimiento y cultura) que genera el contexto tecnológico actual, en el cual la facilidad de acceso, reproducción y distribución en línea induce al uso libre como práctica generalizada e instalada en la sociedad como legítima. Esto no significa que tal comportamiento sea legal, sino que es parte de la realidad y que debemos hacer algo al respecto. De hecho, es muy difícil el control de los contenidos que circulan en Internet una vez puestos en línea. Los problemas de observancia⁴ y de responsabilidad de los intermediarios de servicios en Internet (ISP) plantean cuestiones muy controversiales en las

⁴ Cfr. Acuerdo sobre los ADPIC, Parte III, Observancia de los derechos de propiedad intelectual, artículos 41 a 61.

legislaciones y la jurisprudencia a nivel global, constituyendo uno de los puntos de debate más álgidos en la actualidad (Congreso ALAI, 2013).

Derechos culturales

Los derechos culturales son los derechos relacionados con la literatura y el arte, entendidos en una amplia dimensión. Son derechos promovidos para garantizar que las personas y las comunidades tengan acceso a la cultura y puedan participar en aquella que sea de su elección. Son fundamentalmente derechos humanos para asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación. Son derechos relativos a cuestiones como la lengua, la producción cultural y artística, la participación en la cultura, el patrimonio cultural, los derechos de autor, las minorías y el acceso a la cultura, entre otros. El alcance de los derechos culturales depende también de la comprensión del término *cultura* (Williams, 1976). Al no existir una definición vinculante, *cultura* puede entenderse de diversas maneras: de manera estrecha, como actividades creativas, artísticas o científicas; o bien, en sentido lato, como una suma de actividades humanas, la totalidad de valores, conocimientos y prácticas. La adopción de la definición más amplia de *cultura* significa que los derechos culturales abarcan también el derecho a la educación y el derecho a la información. Por lo tanto, la lista es amplia. Por un lado, incluye la tutela del derecho de autor: “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”. Y, por el otro, impone obligaciones al Estado: a) “Entre las medidas que el Estado deberá adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura” y b) “Que el Estado se comprometa a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”. Los derechos culturales están dispersos en un gran número de instrumentos, convencionales universales, aprobados por las Naciones Unidas, la OEA y por los organismos especializados. La carencia de un tratado de codificación o declaración da lugar a diversas maneras de articulación. De allí la dificultad de legislar para

establecer una norma general *a priori*, en cuestiones tan ambiguas y dinámicas como la comunicación. El derecho anglosajón, pragmático y flexible por antonomasia, al atender las particularidades *ex post facto*, permite mayor adaptación a los cambios y una aproximación al valor justicia en sentido material.

Producción cultural y regulación en el entorno digital

Estos debates están signados por la condición de la cultura en el capitalismo cognitivo, reconfigurado a partir de las TIC. Los autores asumen que la cultura se ha integrado a los procesos de producción y valoración económica, porque el cambio tecnológico está asociado no solo a las formas dominantes de información, comunicación y conocimiento, sino a las transformaciones en la sensibilidad, la ritualidad, las relaciones sociales, las narrativas culturales y las instituciones políticas. En consecuencia, existe un cierto consenso en la necesidad de comprender la cultura actual como una realidad en construcción que se sitúa en el centro de nuestra propia experiencia de transformación, y en la cual la tecnología cumple un rol fundamental. En este escenario, lo digital está imbricado como hipertextualidad en los distintos medios de comunicación y producción cultural, así como en los procesos de interacción social, en los significados compartidos que se dan dentro y fuera de Internet. Ambos espacios se combinan y potencian en la vida cotidiana. Lo digital integra la cotidianeidad; la creación intelectual, bajo una lógica de interactividad, necesita una regulación flexible para su adecuación a la realidad y para preservar el equilibrio de los intereses de los actores involucrados, sujetos a una dinámica comunicacional constante.

Dominio público

Esta realidad exige una revisión del dominio público, que se define como aquellos contenidos que engloban bienes intelectuales que no tienen protección por derecho de autor o cuya protección ha caducado al haber vencido el plazo de la protección. La definición más precisa está centrada únicamente en las obras en que ha caducado el

plazo de protección del derecho de autor, y la más amplia contempla también el uso de obras en el dominio privado, pero cuyo uso libre está legitimado por el ejercicio de una excepción o una licencia (Samuelson, 2006). La ampliación del concepto de dominio público —de modo que incluya cualquier recurso cuya utilización esté libre de toda exclusividad— ha venido acompañada de un cambio de vocabulario. Así, la expresión “dominio público” ha adquirido cierta ambigüedad y ha comenzado a sustituirse por términos tales como “bienes en común”, “bienes públicos” o “contenidos de libre acceso”, lo que fortalece las ideas de utilización gratuita y del carácter colectivo y compartido de dicha utilización. Se trata de un concepto que se construye por oposición al ámbito del derecho de autor. Según este enfoque negativo del dominio público —que prevalece en la mayoría de los regímenes de derecho de autor que se regula y fomenta—, sus elementos, por lo general, no están sujetos a reglas o protección alguna. Es necesario distinguir el material que pertenece a este del protegido por derechos de PI. Distinguir estos ámbitos es una tarea compleja en la cual deben cooperar el sector público y el privado. Actualmente —y por diversas razones— no siempre se dispone de instrumentos eficaces que faciliten el acceso a esa información a fin de verificar la validez de los derechos de PI y poder establecer con certeza si una obra está en el dominio público o privado, así como las condiciones de uso. La finalidad del dominio público es que la utilización del acervo literario y artístico quede libre de toda exclusividad o propiedad. Esto significa que una obra puede utilizarse con plena libertad y gratuidad. Todo régimen que se aplique al dominio público debe garantizar su uso gratuito. No obstante, el carácter de “dominio público” no garantiza por sí mismo la libertad de acceso a los contenidos creativos, la cual dependerá de muchos factores. La protección por derecho de autor no afecta de por sí a la libertad de acceso a las obras, por cuanto el conocimiento de su significado es una cuestión que no está supeditada al derecho de autor. Cualquiera puede acceder al material con fines de conocimiento. La exclusividad que confiere el derecho de autor implica únicamente el control de actos de explotación pública de las obras, lo que abarca la reproducción, comunicación, distribución, el arrendamiento o préstamo. Los simples actos de ver, leer, escuchar o disfrutar de una obra en un ámbito privado no debería considerarse una infracción al derecho de autor y ser libre, mientras que

un acto de explotación con fines comerciales, definido como uso o difusión pública, debe estar amparado por el derecho de autor durante el plazo de protección. El derecho de autor nunca ha consistido en regular el acceso o la utilización de las obras. Pero para utilizar las obras es necesario disponer acceso material. Este queda habilitado y regulado mediante el derecho de propiedad vinculado al conjunto de la obra o bien mediante un contrato de distribución para obtener legítimamente un ejemplar o copia. El alcance de la limitación impuesta por el derecho de PI dependerá del número de ejemplares que haya en circulación. Por otra parte, las obras de dominio público no siempre están exentas de pago. A nadie se le ocurriría argumentar a favor del derecho a llevarse gratuitamente un ejemplar del *Martín Fierro* o de la *Divina Comedia* de las librerías. El estatus de dominio público que han adquirido tales obras permite que se reproduzcan gratuitamente para su difusión, lo que se espera que favorezca su distribución gratuita o a un bajo costo en el mercado, fomentando así nuevas manifestaciones creativas basadas en aquellas. La falta de protección no puede imponer por sí misma el acceso gratuito a los ejemplares de las obras del dominio público, en la medida que irrogan costos industriales y comerciales, circunstancia que forma parte, además, de la lógica misma del dominio público, como un incentivo necesario para fomentar el libre acceso a tales obras (Dusollier, s/f). La garantía del acceso a las obras del dominio público en el entorno digital viene de la mano de la creación de una base de datos y sistema registral, en el cual puedan identificarse las obras, los titulares, los plazos de protección y las condiciones de uso (información relativa a la gestión de derechos).

Digitalización masiva. El problema de las obra huérfanas, la necesidad de registro (bases de datos) y el rol de las bibliotecas

Internet ha creado numerosas posibilidades de acceso a los conocimientos. Sin embargo, está pendiente la tarea de digitalización a gran escala de las colecciones de

las bibliotecas más importantes a fin de ponerlas a disposición del público mundial.⁵ Las consecuencias y costos transaccionales no son menores, pero, considerando los enormes beneficios que proveería, el esfuerzo es justificable.

a) Obras huérfanas

Un problema vinculado con la producción y el acceso al conocimiento es poder identificar al titular de los derechos de autor y en qué situación jurídica se encuentran las obras, hecho que puede impedir su difusión, aun cuando nadie reivindique la titularidad de los derechos o el titular no se oponga a ese tipo de usos, por el carácter exclusivo que reviste el derecho de autor. En el caso de las obras cuya autoría es desconocida, o respecto de aquellas cuyo titular no se puede identificar (denominadas "obras huérfanas"; en inglés, *orphan works*), esa incertidumbre puede menoscabar el incentivo que ofrece la creación al imponer costos adicionales a los usuarios y

⁵ Mientras que las grandes bibliotecas, e incluso Google, han digitalizado partes de sus colecciones que ya no están protegidas por derecho de autor, la digitalización legal y a gran escala de los materiales protegidos por derecho de autor sigue siendo un tema delicado. La Comisión Europea lleva desde 2005 tratando de franquear esos obstáculos jurídicos. Aunque la Directiva de 2012 sobre las obras huérfanas parece resultar útil para la digitalización de colecciones especializadas, sigue sin estar claro cuándo van a traducirse las actividades de la Comisión en legislación que respalde la digitalización masiva de obras del s. XX protegidas por derecho de autor, colecciones que, huelga decirlo, se preservan en las bibliotecas y museos en gran medida a costa de los contribuyentes. Por otra parte, cuando se anunció en 2004 el acuerdo de Google con varias grandes bibliotecas de investigación para digitalizar sus colecciones, Google fue acusado por escanear más de veinte millones de obras, habiendo entregado copias digitales a las bibliotecas participantes, con lo cual creó una base de datos electrónica disponible en línea a través de la utilización de "fragmentos". Muchos de los libros escaneados estaban protegidos por copyright y Google no obtuvo el permiso de los titulares para estos usos. Como consecuencia de ello, en 2005, los demandantes interpusieron una acción de clase contra Google por infracción de copyright, que fue resuelta el 14/11/2013 negativamente para Google [Case 1:05-cv-08136-DC Document 1088 Filed 11/14/13 Page 1 of 30].

Cfr. <http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/11/chindecision.pdf>.

creadores subsiguientes que deseen incorporar a nuevas creaciones el material extraído de obras preexistentes.⁶

b) Registro

En este sentido, debemos destacar la importancia que tiene el *registro* de las obras en el entorno digital, en constante evolución, además de las funciones tradicionales consistentes en facilitar el ejercicio de los derechos, por ejemplo, como medio para demostrar la existencia de la obra o su paternidad e identificar las obras que han pasado al dominio público. Los *sistemas de registro* del derecho de autor y los *sistemas de información sobre la gestión de derechos* poseen una enorme capacidad de reconocer y localizar el contenido. Cada vez se utiliza más ese tipo de información en el entorno de redes digitales, lo que facilita las búsquedas a los usuarios, quienes pueden encontrar el contenido deseado y, cuando procede, suscribir acuerdos de licencia de uso con los titulares de los derechos. Por lo tanto, conocer el funcionamiento e importancia de los sistemas de registro, depósito y gestión de derechos (tanto en el sector público como en el sector privado) y conformar *bases de datos* universales, de acceso libre y gratuito deberían ser la base de políticas públicas que faciliten el acceso, una obligación fundamental del Estado. La ausencia de un registro y una base de datos idóneos e interconectados, que permita identificar las obras que han pasado a formar parte del dominio público condena al anonimato las

⁶ Los estudios apuntan a que, aunque la magnitud del problema de las obras huérfanas varía en función de cada caso, el número de obras afectadas a ese respecto podría ser bastante elevado, incluso en el caso de libros con un amplio historial de producción y distribución organizada y profesional. Por ejemplo, un estudio reciente financiado por la Unión Europea y titulado *Seeking New Landscapes* reveló que el 42 % de una serie de monografías escogidas al azar y publicadas entre 1870 y 2010 eran obras huérfanas. En muchos países es ilegal utilizar esas obras sin la autorización expresa de los titulares de los derechos. En un informe que el gobierno de Francia ha remitido al Senado de su país en apoyo a la adopción de una legislación nueva que permita la digitalización masiva, se estima que el 57 % de las obras publicadas en Francia desde 1900 son huérfanas, es decir que no se puede identificar o localizar a sus creadores o titulares de derechos, o son obras que no están disponibles en los circuitos comerciales, con lo que la única forma de acceder a ellas es desde las bibliotecas.

creaciones locales. Es importante comprender la manera en que se define directa o indirectamente el dominio público en distintas jurisdicciones y conocer las iniciativas e instrumentos jurídicos y tecnológicos que faciliten el acceso, el uso, la detección y la ubicación de material perteneciente a ese ámbito.⁷ En este sentido, la función de los registros nacionales de derecho de autor —además de la tradicional— debe ser la digitalización de la información relativa al plazo de protección en el país de origen de la obra y la gestión de la información relativa a los derechos, conformando bases de datos interconectadas, a nivel endógeno y exógeno. Establecer una red de comunicación eficiente y confiable para conocer la condición jurídica de las obras.

c) Bibliotecas

Las *bibliotecas* son puertas de acceso al conocimiento y a la cultura. Desempeñan una función esencial en la sociedad. Los recursos y los servicios que ofrecen dan la oportunidad de aprender, sirven como apoyo a la alfabetización y a la educación, y ayudan a dar forma a las nuevas ideas y perspectivas que son vitales dentro de una sociedad creativa e innovadora. Asimismo, garantizan la existencia de un registro auténtico de los conocimientos creados y acumulados por las generaciones pasadas. Si no existieran las bibliotecas, sería difícil avanzar en la investigación y el conocimiento, así como preservar los saberes acumulados y el patrimonio cultural para las generaciones futuras. Son un puente entre el pasado y el futuro. Las *bibliotecas* son plenamente conscientes de que es necesario mantener el equilibrio entre la protección del derecho de autor y la defensa del interés público general. Las excepciones al derecho de autor que están siendo objeto de debate en la actualidad en el marco del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) de la OMPI son parte integral de los sistemas nacionales de derecho de autor. Su papel

⁷ Véanse los estudios y encuestas propuestos por la Agenda para el Desarrollo en el ámbito del registro de obras protegidas por derecho de autor, por ejemplo, el estudio de la legislación nacional sobre sistemas de registro voluntario del derecho de autor y los derechos conexos (SCCR/13/2) realizado a petición de los Estados miembros en noviembre de 2005, y el Seminario de la OMPI acerca de la información sobre la gestión de los derechos, de 2007.

resulta esencial para permitir la prestación de servicios bibliotecarios públicos y para conseguir los objetivos del sistema en cuanto al fomento de la creatividad y el aprendizaje. Hoy las bibliotecas enfrentan grandes desafíos en materia de PI y, en definitiva, no son más que un medio a nuestra disposición para acceder al conocimiento. Otra cuestión significativa en la producción y el acceso al conocimiento y la cultura es la preservación de los contenidos literarios y artísticos, su libre difusión e intercambio.⁸ El estímulo que nos lleva a compartir y reutilizar la información y los conocimientos adopta muchas formas. El más arraigado de los instintos del ser humano es el deseo de preservar nuestra cultura para las generaciones futuras. Las bibliotecas son reservorios de conocimiento con enorme significado histórico y cultural. En algunos casos, incluso, únicos. Sin una *excepción del derecho de autor* que permita la *copia con fines de preservación* y la posibilidad de digitalizar su acervo, las bibliotecas no podrán cumplir plenamente su función. Actualmente, muchos contenidos son originados en formato digital, y no están disponibles en papel u otros soportes materiales. De no ser por la existencia de medios jurídicos que permitan preservar y reemplazar las obras en distintos soportes y formatos, entre los que figuran la conversión de formatos y la migración de contenidos que se encuentren en formatos de almacenamiento obsoletos, los historiadores del futuro podrían no tener acceso a muchas de esas obras.

Regulación de las excepciones a favor de las bibliotecas y libre uso con fines de ilustración

Las bibliotecas son sinónimo de educación y ofrecen innumerables oportunidades de aprendizaje que pueden estimular el desarrollo económico, social y cultural. Además del préstamo de libros, las bibliotecas realizan copias de material con fines de investigación o de estudio personal. Las *excepciones y limitaciones*, que son parte integral de muchos sistemas nacionales de derecho de autor, tienen una función vital,

⁸ Mahatma Gandhi reconoció la importancia cultural de compartir cuando dijo que “ninguna cultura podrá vivir si intenta ser exclusiva” (White, 2012).

pues hacen posible que las bibliotecas presten esos servicios. Por ejemplo, gracias a ello las bibliotecas pueden realizar copias para los estudiantes y otros usuarios, con fines de investigación o estudio, de obras a las que, de otro modo, no se podría acceder de forma directa. Las bibliotecas también hacen posibles los préstamos interbibliotecarios, con lo que facilitan el acceso de sus usuarios a materiales que, por lo general, se encuentran en bibliotecas distantes. Hace tan solo cinco años resultaba problemático aplicar el concepto de préstamo interbibliotecario a las obras digitales. No obstante, la disponibilidad general de plataformas electrónicas que controlan fácilmente el acceso a los contenidos y el aumento de los préstamos bibliotecarios en línea por parte de algunas bibliotecas de investigación hacen que, aunque todavía queden asuntos pendientes que debatir con las editoriales, esta cuestión esté básicamente resuelta, por la gestión automatizada de derechos. Por ello debemos trabajar en una excepción general a favor de las bibliotecas y los usos con fines educativos, artísticos, informativos, científicos y de investigación.

Asimetría legal

Los tratados sobre derecho de autor establecen mínimos convencionales obligatorios para garantizar la observancia de los derechos exclusivos (estándares), mientras que las excepciones o límites a esta exclusividad dependen de las legislaciones nacionales, son variadas y de interpretación restrictiva. En definitiva, mientras que las excepciones y limitaciones tienen carácter nacional y optativo, los derechos de los titulares gozan de exclusividad a nivel internacional.⁹ La importancia de establecer estándares internacionales en materia de excepciones para las bibliotecas con fines de

⁹ La OMPI encargó en 2008 a Kenneth Crews (Director, Oficina Asesora de Derecho de Autor, Universidad de Columbia) un estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor que evidenció que la legislación en materia de excepciones para las bibliotecas difiere enormemente de un país a otro. Reveló que, de los 149 países analizados, 21 no contaban en sus legislaciones con excepciones del derecho de autor para las bibliotecas, entre los cuales se halla nuestro país. Y en aquellos países que cuentan con excepciones al derecho de autor, por lo general estas son anteriores a la irrupción de Internet, por lo que es necesario actualizarlas y adaptarlas al entorno digital. Cfr. <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf>.

ilustración radica en posibilitar el acceso al conocimiento con un criterio uniforme, en un medio global. De allí la necesidad de una codificación internacional en materia de excepciones y limitaciones del derecho de autor para bibliotecas con fines educativos, científicos, informativos, artísticos y críticos, de modo tal de equiparar su alcance con los derechos exclusivos, tipificándolas en un instrumento convencional de igual jerarquía normativa. Es decir, establecer un enfoque común de las excepciones (estándar) que garantice el acceso en igualdad de condiciones a los conocimientos a nivel global, así como proporcionar a las bibliotecas los medios jurídicos necesarios a fin de preservar el patrimonio literario, artístico y científico de cada país, y posibilitar el conocimiento y consulta a nivel mundial. Otra opción, disponible actualmente, sería incorporar al derecho nacional el criterio del triple test o de los tres pasos, consagrado en los tratados¹⁰ y que aplicaría favorablemente para las bibliotecas, y cualquier otro uso, en la medida que: a) se trate de uno de ciertos casos especiales (uso extraordinario o de excepción), b) no atente contra la explotación normal de la obra y c) no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos de autor. Este criterio forma parte de nuestro derecho, pero solo se aplica en los casos internacionales cuyo país de origen no sea Argentina (*cf.* art. 5.3, Convenio de Berna). Entonces, en virtud del art. 16 de la CN, se configuraría una violación al principio de igualdad, en cuanto deviene en un trato diferenciado para la obra extranjera respecto de la obra nacional, en perjuicio de los intereses del público en general y, en particular, de la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT, 1996). De allí la necesidad de adoptar criterios homogéneos en materia de limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital, sea por transposición del criterio convencional en la legislación nacional (reforma legislativa), sea mediante la interpretación judicial hermenéutica que pondere el restablecimiento del razonable equilibrio que debe regir entre los intereses de los autores y del público

¹⁰ Art. 9.2, Convenio de Berna (Acta de París del 24 de junio de 1971, ratif. Ley 25.140, B.O. 24.9.99); art. 13, Acuerdo sobre los ADPIC (ratif. Ley 24.425, B.O. 5.1.95); arts. 10, WCT, y 16.2, WPPT (ratif. Ley 25.140, B.O. 24.9.99).

en general, con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación entre la obra¹¹ extranjera y la nacional según los principios fundamentales de nuestra legislación (art. 16 y 17, CN).

Futuro del derecho de autor

La tentadora promesa del acceso universal a las obras culturales trae aparejado un proceso de destrucción de los modelos operativos de las industrias creativas anteriores a la era digital. Detrás de este proceso de cambio se plantea la cuestión fundamental de la normativa de derecho de autor. ¿Cómo puede la sociedad poner a disposición del más amplio público posible obras culturales a precios razonables y en condiciones de sustentabilidad económica digna en el entorno en que se desenvuelven? Esta cuestión entraña una serie de relaciones de equilibrio: por una parte, la disponibilidad de las obras y, por otra, su control y su distribución a fin de extraer valor de ellas. Además, está el equilibrio entre consumidores y productores; entre los intereses de la sociedad y los de los creadores en particular; entre los intereses de los titulares de derechos y del público en general; y entre la gratificación a corto plazo del consumo inmediato y el proceso a largo plazo de proporcionar incentivos económicos que recompensen la creatividad y fomenten una cultura dinámica. La tecnología digital e Internet han presionado, y seguirán haciéndolo, sobre ese equilibrio. La ventaja tecnológica ha inclinado la balanza hacia el lado de la disponibilidad gratuita, del consumidor, del disfrute social, de la gratificación a corto plazo y de los intereses de los intermediarios (ISP).

La historia ha demostrado que es imposible dar marcha atrás en lo que atañe a las ventajas tecnológicas y los cambios que desencadenan. En lugar de poner resistencia, tenemos que aceptar la inevitabilidad del cambio y buscar con inteligencia la forma de abordarlo. No hay opción: o bien el sistema del derecho de autor se adapta a la ventaja natural que se le presenta, o bien desaparece. La adaptación en este caso exige cierto grado de activismo. Una postura pasiva ante este proceso de evolución conlleva el

¹¹ Se considera “obra” todo contenido creativo original en el campo literario y artístico.

riesgo del proceso darwiniano en el que se afirme la supervivencia del modelo operativo más apto, y que este no respete ese equilibrio. Es decir, esta cuestión no debería dejarse al azar de las posibilidades tecnológicas y de la evolución comercial. Es necesaria una respuesta política consciente. Según Francis Gurry (2011), con quien coincidimos y a quien reproducimos, ella debería regir la evolución de la normativa del derecho de autor y orientarse sobre la base de los siguientes principios:

a) *Neutralidad ante la tecnología y los modelos operativos.* El objetivo del derecho de autor no es influir sobre las posibilidades técnicas de la expresión creativa o sobre los modelos operativos que surgen de esas posibilidades. Tampoco consiste en preservar modelos operativos creados por tecnologías obsoletas. Su objetivo consiste en servir a todas y cada una de las técnicas de producción y distribución de obras culturales, y extraer valor de los intercambios que esas técnicas hacen posible para que lleguen a los creadores y facilitadores del intercambio cultural mediante la utilización de la tecnología.

b) *Exhaustividad y coherencia en la respuesta normativa.* Es probable que la respuesta provenga de distintos elementos, a saber, el derecho, la infraestructura, el cambio cultural, la colaboración institucional y mejores modelos operativos:

i. *Derecho.* La legislación fue el método más adecuado de formular políticas en materia de derecho de autor, pero se trata de un instrumento rígido y limitado en el entorno digital. En este ámbito, el volumen de tráfico existente, el carácter internacional de las relaciones jurídicas y la reglamentación imprecisa del sistema de nombres de dominio, que permite un alto grado de anonimato, convierten a la ley en una fuente de vigor debilitado. Las instituciones jurídicas y su ámbito de aplicación están atrapadas en la territorialidad, mientras que las prácticas económicas y tecnológicas han superado ese marco limitado. La cultura de Internet es de naturaleza tal que las plataformas y redes sociales influyen en el comportamiento de las personas más que la legislación. Reconocer las limitaciones de la legislación y su incapacidad para proveer una respuesta a todos los problemas no significa desestimarla, sino que deben abordarse numerosas cuestiones

jurídicas, y entre ellas es fundamental la *cuestión de la responsabilidad de los intermediarios (ISP)*. La posición de los intermediarios es esencial, pues son a la vez proveedores de servicios, socios, competidores e incluso clones perfectos de los creadores e intérpretes, así como de sus interlocutores comerciales; de ahí la dificultad que tenemos para alcanzar una posición clara sobre su función.

ii. *Infraestructura*. Es tan importante como la legislación para solucionar el problema. La infraestructura en que se basa la gestión colectiva de los derechos está perimida, pues, basada en un complejo mosaico territorial de representación recíproca de los titulares de derechos, es incompatible con el universo de explotación plurijurisdiccional de Internet, en el que la expresión cobra existencia gracias a la tecnología digital. Las sociedades de autores tienen que ser diferentes y adaptarse. Es necesaria una infraestructura global que permita la concesión mundial de licencias de explotación de las obras culturales de forma simple y legal en Internet, que sea tan fácil como la obtención ilegal de esas obras en la red. En este sentido un *registro internacional* de obras literarias y artísticas, una *base de datos mundial* con todos los repertorios sería un paso valioso y necesario hacia el establecimiento de la infraestructura de concesión mundial de licencias. Para que tenga éxito, la futura infraestructura mundial debería funcionar en cooperación entre el sector público y privado con las sociedades de gestión existentes. Esa infraestructura debería proporcionar los medios necesarios de interconexión por medio de un sistema mundial, de la misma manera que el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) conecta a las oficinas de patentes de todo el mundo, sin necesidad de sustituirlas.

iii. *Cultura*. Internet ha creado su propia cultura, que entre otras cuestiones plantea la gratuidad inicial y automática de los usos sin fines comerciales. Este sentimiento que manifiesta, de aversión o falta de respeto por la propiedad intelectual en Internet, es ampliamente compartido, y se evidencia en la incidencia de las descargas ilegales de música. Se podrá argüir acerca de la metodología adecuada que ha de utilizarse para evaluar ese fenómeno, pero no cabe ninguna duda de que la práctica ha alcanzado proporciones generalizadas. Para ello debemos reformular el concepto de piratería y la función del derecho de autor en Internet. Las personas

no reaccionan favorablemente si se las tacha de “piratas”. De hecho, algunos incluso se enorgullecen del término. La reacción podría ser constructiva ante el desafío de compartir la responsabilidad de conformar una política cultural y concienciar sobre el peligro que se plantea a la viabilidad financiera de la cultura en el s. XXI, puesto que eso es lo que sí corre peligro si no logramos formular una política eficaz y equilibrada en materia de derecho de autor.

iv. *Colaboración institucional.* Se trata de una esfera muy delicada, en la que cualquier medida puede influir de manera desproporcionada en el combate que se libra por ganarse las simpatías del público a la hora de decidir cuál es la política adecuada en materia de derecho de autor. Asimismo, se trata de una esfera en cierto modo incoherente en la que existen distintos planteamientos nacionales: en algunos países se hace hincapié en la adopción de medidas contra los usuarios que violan los derechos y en otros se responsabiliza a los intermediarios; además, existen los enfoques plurilaterales previstos en el Acuerdo Comercial contra la Falsificación (ACTA) y algunas medidas prácticas o códigos de autorregulación por parte del sector. Necesitamos mayor coherencia para avanzar en este ámbito. Tenemos que definir racionalmente qué objetivos compartimos, empezando por los más básicos. Sin embargo, la falta de voluntad de algunos países para entablar debates o tomar medidas a escala internacional en este ámbito impone enormes limitaciones.

v. *Modelos operativos adecuados.* Hasta el momento, el enfrentamiento entre nuestro mundo clásico del derecho de autor y el entorno digital está más cerca de ser una triste historia de resistencia a la innovación que un ejemplo de interacción inteligente.

c) *Simpleza y facilidad.* El derecho de autor tiene que ser más simple. Evidentemente, las generaciones futuras van a considerar estas cuestiones como un reflejo del pasado. Las obras digitales van a modificar las dimensiones existentes actualmente, tal y como ya observamos en el contenido creado por los usuarios. Lo mismo sucede en los ámbitos de la impresión tridimensional y los sistemas de fabricación aditiva, en los que el archivo digital constituye la tecnología y el lugar de fabricación. Todo ello cabe

dentro de esa nueva dimensión, en la que esperamos que podamos comenzar a poner a punto los instrumentos necesarios para explorarla desde la universidad que hoy nos acoge.

Conclusión y recomendaciones

Tener acceso a la información es un interés prioritario del ciudadano actual, que aumentará en el futuro. Aunque las universidades y bibliotecas dispongan de fondos destinados a digitalizar colecciones y cuenten con consenso en la red, las dificultades que implica salvaguardar los derechos de autor, sumadas a la extensión del dominio privado, obliga a limitar dicha tarea al material obrante en el dominio público.

Por consiguiente, resulta indispensable hallar una fórmula legal adecuada para solucionar el problema de las obras huérfanas y establecer una excepción legal para fines educativos e informativos, que posibiliten una acceso más amplio a la información.

El carácter exclusivo de los actos de reproducción y puesta a disposición del público de contenidos protegidos por derecho de autor en el entorno digital debería flexibilizarse, limitándose al acto de publicación, cumplido el cual los contenidos deberían ser objeto de diversos tipos de licenciamiento, incluidos los obligatorios para determinados usos con fines no comerciales, y bajo un sistema de excepciones uniforme.

El criterio de los tres pasos en materia de limitaciones y excepciones al derecho de autor establecido en el derecho convencional ofrece una solución razonable, por lo cual se recomienda su incorporación al derecho nacional. Este enfoque se aproxima al criterio del uso justo (*fair use*) del derecho anglosajón, que favorece los intereses del público en general y, en particular, de la educación, la investigación y el acceso a la información. En este ámbito, las bibliotecas cumplen un rol fundamental.

En el esfuerzo por mejorar el acceso efectivo a las obras de dominio público deberían considerarse el acceso material a las obras y los medios para mejorar la disponibilidad pública de contenidos creativos, como bancos de datos y bibliotecas públicas. Cuantos

más ejemplares (analógicos o digitales) estén disponibles, más eficaz será el dominio público.

El objetivo de toda iniciativa para fortalecer el dominio público debe salvaguardar el uso libre y gratuito de los recursos literarios y artísticos, al tiempo de potenciar su enriquecimiento dando a conocer las obras y facilitando el acceso. La función del registro, de las bibliotecas y su vinculación con el depósito legal revisten particular importancia.

Es preciso crear un registro universal de obras y/o adaptar los registros de derecho de autor existentes, de modo que faciliten la identificación y distinción de las obras en el dominio público, y la información en relación con las limitaciones y excepciones al derecho de autor, abordando los aspectos jurídicos, conceptuales y prácticos de la cuestión.

La cooperación entre los organismos gubernamentales locales e internacionales, tales como UNESCO, OMPI y el CERLALC, es fundamental en este proceso.

En un contexto en el cual lo digital forma parte de la cotidianeidad, la creación intelectual bajo una lógica de interactividad necesita una regulación flexible, para poder preservar el equilibrio de los intereses de los actores involucrados sometido a una dinámica de cambio constante. El desarrollo tecnológico plantea el desafío acerca del papel que juega la legislación de derecho de autor como elemento propulsor de la innovación y la creatividad.

En síntesis, el derecho de autor debe ser un incentivo para el dinamismo cultural, en lugar de salvaguarda de intereses creados bajo modelos operativos del pasado.

Bibliografía

- Bernardez, M. 2008. *Capital intelectual*. USA, Author House.
- Castells, M. 1996. *Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. 1: *The Rise of the Network Society*. Cambridge, MA, Blakwell.
- Congreso ALAI. 2013. En línea: <<http://alaicartagena2013.org/index.php/es/congress/papers>>.
- Dusollier, S. S/f. *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. En línea: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf>.
- Gurry, F. 2011. “La dirección futura del derecho de autor”. Conferencia, 25 de febrero. Sydney, Queensland University of Technology. En línea: <http://www.wipo.int/about-wipo/es/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html>.
- Innis, H. A. 2008 [1951]. *The Bias of Communication*. Toronto, University of Toronto Press.
- Lash, S. 2005. *Crítica de la información*. Buenos Aires, Amorrortu.
- McLuhan, M. 1996 [1964]. *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Barcelona, Paidós.
- Rifkin, J. 2000. *The Age of Access*. Nueva York, Tarcher-Putman.
- Samuelson, P. 2006. “Challenges in the mapping of the public domain”, *The Future the public domain*, Duke Law Journal, vol. 55, 111-169, p. 9.
- White, B. 2012 “La función que desempeñan las bibliotecas para garantizar el acceso a los conocimientos.” *Revista de la OMPI*, nº 4 (agosto). Ginebra. Cfr. <http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/04/article_0004.html>.
- Williams, R. 1976. *Keywords*. UK, Harper Collins. Trad. Horacio Pons, *Palabras clave. Un vocabulario de la cultura y la sociedad*, 2000. Buenos Aires, Nueva Visión.

La autora

Profesora a cargo de la cátedra de Derechos Editoriales y de Autor de la carrera de Edición, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Realizó posgrados en propiedad intelectual (UBA, 1998) y en comercio internacional (UBA, 2005). Magíster en Derecho Internacional Privado (UBA, 2007-2008). Doctoranda en la Universidad Nacional de Cuyo, a partir del proyecto de investigación “Propiedad intelectual en Internet: El fin de la territorialidad”. Disertante en congresos, paneles y conferencias. Docente en seminarios, talleres y cursos en el país y en el exterior. Autora de diversas obras en la especialidad.

Casanovas, I., Gómez, M. G. y Rico, E. (ed.) (2013). *I Jornadas de Investigación en Edición: itinerarios de la edición en la cultura contemporánea*. Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. ISBN: 978-987-3617-62-1.