

Derechos de propiedad intelectual

Jeremy de Beer

Universidad de Ottawa, Facultad de Derecho
www.jeremydebeer.ca

Introducción

Las cuestiones relativas al derecho de acceso a la información y la propiedad intelectual tienen puntos básicos en común. Un sistema bien calibrado de derechos de propiedad intelectual es uno de los numerosos factores que pueden facilitar el acceso a la información protegiendo los incentivos para crear y difundir contenidos y, a la vez, salvaguardar los derechos humanos de libertad de expresión, comunicación y participación cultural. El equilibrio en las leyes, políticas y prácticas de propiedad intelectual se ve afectado por diversos problemas e instituciones.

Este informe analiza dos tendencias emergentes en la gobernanza global de la propiedad intelectual que tienen un fuerte impacto sobre el acceso a la información. Éstas son el rol cambiante de los intermediarios en la ejecución de las leyes de copyright en línea y la armonización futura de limitaciones y excepciones mínimas de dichas normas. Se supone que estos hechos han suplantado a los sistemas de gestión de los derechos digitales y son ahora los problemas más graves del acceso a la información en 2009.

El rol cambiante de los intermediarios en la ejecución del copyright en línea

Hacia fines del siglo XX, muchos países introdujeron reformas legales para aclarar las obligaciones de los intermediarios respecto de los contenidos de internet que infringieran copyright. El enfoque más común fue inmunizar a los intermediarios que actuaran pasivamente albergando o transmitiendo materiales en línea; solo si eran concientes de dichas infracciones, por lo general mediante notificación de los detentores del copyright, pasaban a tener obligaciones activas. Dichas obligaciones incluyen el requisito de quitar o desactivar el acceso al contenido que supuestamente implica una infracción. La Ley de copyright digital del milenio de Estados Unidos es un ejemplo paradigmático de esquema de inmunidad “pasivo-reactiva” para los proveedores de servicios en línea, aunque existen principios similares en varios códigos legales nacionales, tanto en el mundo en desarrollo como en el industrializado.

Los últimos sucesos muestran una tendencia global hacia la adopción de un rol más “activo-preventivo” por parte de los intermediarios de internet y las comunicaciones móviles respecto de la vigilancia y cumplimiento de las leyes de copyright.¹

Sin duda el ejemplo más discutido es la ley de “los tres golpes” que se aprobó en Francia y que establece la creación de HADOPI, una autoridad de alto nivel para la difusión y protección de obras en internet. Una nueva entidad gubernamental francesa tendrá el poder de exigir que los proveedores de servicios de internet implementen una respuesta gradual contra las denuncias de infracción de las leyes de copyright de sus abonados/as, que empezará con advertencias, pero puede llegar hasta la suspensión del acceso a internet para la persona acusada.

Este desarrollo tiene consecuencias graves y desestabilizadoras para el acceso a la información. El Consejo Constitucional de Francia, basándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1769, censuró la nueva ley y sostuvo que solo los jueces pueden ordenar que se le niegue acceso a los supuestos/as infractores/as luego de un debido proceso judicial.

A pesar del reconocimiento de que el acceso a internet es un derecho humano fundamental que no se puede soslayar en los esfuerzos para que se cumplan los derechos de propiedad intelectual, somos testigos de una presión creciente sobre los intermediarios de internet de todo el mundo para que impidan que sus propios abonados/as y otros usuarios/as infrinjan las leyes de copyright. Se aprobaron reformas legislativas similares a la de Francia en Corea del Sur y, hace poco, en Nueva Zelanda.

La presión no se hace presente solo mediante nuevas leyes u organismos gubernamentales que tienen el poder de bloquear el acceso a internet de los supuestos infractores/as. También se refleja en las decisiones judiciales de varias jurisdicciones e incluso en acuerdos negociados en privado entre detentores de copyright e intermediarios en línea. En Estados Unidos, Gran Bretaña e Irlanda, los proveedores de servicios acordaron voluntariamente que lucharán con mayor agresividad contra las presuntas actividades que infringen las leyes de copyright.

Lo peor es que no solo los proveedores de internet tienen ahora un mayor protagonismo en cuanto a la vigilancia de las leyes de copyright. A cambio de inmunidad para las actividades de sus usuarios/as en relación al copyright, los nuevos distribuidores de contenidos como YouTube y DailyMotion y redes sociales como Facebook y MySpace están adoptando “mejores prácticas” que suelen requerir la automatización del registro de huellas digitales y el uso de filtros. Estas tecnologías pueden ayudar a resolver algunos problemas de la ejecución de las leyes de copyright, pero no sirven cuando hay que tener en cuenta los matices de flexibilidad que incluyen el uso/trato justo o para proteger el acceso al dominio público.

¹ Ver de Beer, J. y Clemmer, C.D. (2009) Global Trends in Online Copyright Enforcement: The Role of Internet Intermediaries, *Jurimetrics* 49 (4) (pronta aparición), donde se explican detalladamente todas las tendencias descritas en esta sección.

Armonizar el mínimo de limitaciones y excepciones

Frente a las amenazas contra la libertad de expresión y comunicación, que pueden socavar el equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual y el acceso a la información, se están haciendo esfuerzos de armonización de un mínimo de limitaciones y excepciones a la ley de copyright en todo el mundo. En su estado actual, la legislación sobre propiedad intelectual solo especifica el *máximo* de limitaciones y excepciones. Esto se hace mediante una prueba que consta de tres pasos, que requiere que las cláusulas se limiten a ciertos casos especiales que no entran en conflicto con la explotación normal de las obras por parte de quienes detentan el derecho de copyright o que no perjudiquen ilógicamente sus expectativas legítimas.

Concertar un *mínimo* de limitaciones y excepciones en lugar de tener normas mínimas de protección sería una excelente manera de reformar el derecho internacional de propiedad intelectual, así como las políticas y las prácticas de esa área. Las justificaciones basadas en el derecho para la estandarización de las normas de protección pueden ser igualmente convincentes en lo que se refiere a la protección del derecho de acceso a la información. Y quienes proponen que haya un mínimo de normas de protección alegan hace tiempo que la estandarización tiene muchos beneficios, mucho más predecibles y que fomentan el comercio más allá de fronteras. Si estos argumentos son ciertos en cuanto a un mínimo de normas de protección, también se aplican al establecimiento de limitaciones y excepciones mínimas. Sin contar con una base armonizada de limitaciones y excepciones, los detentores de los derechos de copyright no sabrían si sus contenidos se pueden usar sin permiso o sin el pago de royalties, ni cómo podrían usarse. Del mismo modo, los usuarios no podrían predecir el alcance de los derechos y obligaciones entre un territorio y el otro.

La actual situación de inestabilidad afecta de manera adversa a los consumidores y consumidoras individuales; a estudiantes, docentes, bibliotecas, archivos e instituciones educativas; a las personas con capacidades diferentes; y por supuesto, a empresarios y empresarias, así como a las entidades comerciales que experimentan con nuevos modelos de negocios. El desequilibrio que genera la inestabilidad pone en jaque la eficiencia y la eficacia de todo el sistema global de protección de copyright, en detrimento de los interesados e interesadas.

En consecuencia, ha ido creciendo el apoyo a favor de algún tipo de consenso mundial sobre limitaciones y excepciones mínimas a la protección del copyright. Hubo un gran impulso a raíz del informe presentado por dos académicos

respetables que pedían la adopción de una perspectiva de “derecho suave” para tratar el problema, quizá como iniciativa conjunta entre la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial de Comercio (OMC).² Otros defendieron la elaboración de acuerdos formales, dentro del contexto específico de la educación, por ejemplo, como medio para implementar la Agenda de Desarrollo de la OMPI.³ Va siendo cada vez más claro que las pruebas empíricas, en base a investigaciones rigurosas y de gran escala, muestran la necesidad de contar con un sistema de copyright más flexible, que tenga en cuenta las realidades de la vida cotidiana en países de África y, probablemente, cualquier otra parte del mundo.⁴

Durante la reunión del comité de copyright de la OMPI que tuvo lugar en 2008, Chile, seguido por Brasil, Nicaragua y Uruguay, presentó una propuesta de estudio y eventual reforma de las leyes nacionales e internacionales en relación a las limitaciones y excepciones. La propuesta tuvo que luchar para lograr la aceptación de ciertos segmentos del mundo industrializado, como Estados Unidos y la Unión Europea. Pero cuando se volvió a reunir el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en mayo de 2009, el problema de las limitaciones y excepciones seguía sin resolverse.

La última propuesta de reforma fue más específica que las ideas que ya se habían planteado. En particular, la Unión Mundial de Ciegos trabajó en relación estrecha con varias organizaciones de la sociedad civil y con delegados de los Estados miembro de la OMPI con el fin de preparar un borrador de acuerdo sobre limitaciones y excepciones.⁵ Aunque la propuesta tampoco fue recibida con entusiasmo por todos los países miembro, la OMPI parece estar ocupándose seriamente del asunto. Un informe de prensa posterior a la reunión del comité hace saber que se trabajará rápidamente sobre las limitaciones y excepciones para quienes no tienen la capacidad de leer y sobre las exoneraciones educativas en general. Se afinarán detalles en una reunión de la OMPI en

2 Hugenoltz, B. y Okediji, R. (2008) *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*. www.ivir.nl/publicaties/hugenoltz/finalreport2008.pdf

3 Rens, A. (2009) *Implementing WIPO's Development Agenda: Treaty Provisions on Minimum Exceptions and Limitations for Education*, en de Beer, J. (ed.) *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*, WLUP-CIGI-IDRC. www.idrc.ca/en/ev-139311-201-1-DO_TOPIC.html

4 African Copyright and Access to Knowledge (2009) *Copyright & A2K in Africa: Research Findings on Limitations & Exceptions from an Eight-Country Study*. www.aca2k.org/attachments/180_ACA2K%20Briefing%20Paper%202%20-%20May%202009.pdf

5 Propuesta de Brasil, Ecuador y Paraguay en relación con las “limitaciones y excepciones”: Propuesta de la Unión Mundial de Ciegos (UMC) http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=122732

noviembre de 2009, de modo que la preparación de dicho encuentro será sin duda esencial para los detentores de copyright del mundo entero.

Consecuencias y resultados

No hace mucho, el uso de los sistemas DRM y las prohibiciones relacionadas con los bloqueos digitales preocupaban a muchos/as observadores/as del derecho y las políticas internacionales de copyright. Algunas de las críticas generales al DRM estaban mal formuladas; los sistemas DRM son simplemente herramientas que pueden habilitar o restringir el acceso a la información. Creative Commons, por ejemplo, es un método que habilita el acceso a la gestión de los derechos digitales mediante un sistema de gestión de la información que respeta el derecho de privacidad, además de contar con acuerdos de licencias para usuarios/as finales que son favorables a los consumidores y consumidoras. La parte problemática de las estrategias de DRM es el uso de medidas tecnológicas de protección para recalibrar en forma

unilateral el delicado equilibrio entre los derechos públicos y privados de las leyes de copyright. Pero afortunadamente, las fuerzas del mercado parecen estar desplazándose y dejar atrás las medidas de protección técnica como herramienta para bloquear contenidos. Estos temas aún son sensibles, pero ya no son prioritarios y se le ha dado espacio a otros asuntos más urgentes, surgidos en los últimos tiempos.

Como se alega en este informe, son dos los asuntos que requieren atención urgente en este momento. Uno es la tendencia de los intermediarios en línea a adoptar una actitud activo-preventiva en relación a la protección de las leyes sobre derechos de autor, ya sea para filtrar contenidos supuestamente infractores en sus redes o para bloquear el acceso de supuestos infractores a la información de internet, lo que es aún peor. La otra es algo revolucionario que está ocurriendo en la OMPI, donde por primera vez parece plausible el debate para llegar a un acuerdo sobre limitaciones y excepciones al copyright como estrategia para facilitar el acceso a la información. ■