


**Un manual alternativo acerca
del derecho de autor en el Sur global:
dieciocho preguntas y respuestas sobre las
leyes nacionales y normativas internacionales**

Alan Story

Traducción
Lillian María Navarrete Vaillant

**Grupo de Investigación CopySouth
Mayo 2011**

 **No restringido por derecho de autor**

Mayo 2011

Publicado por el Grupo de Investigación CopySouth

www.copysouth.org

ISBN 978-0-9553140-5-6 (publicación digital en línea)

Este libro se puede descargar en http://copysouth.org/portal/es/manual_es

Esta es una traducción al español del libro

An alternative primer on national and international copyright law in the global South: eighteen questions and answers
que se publicó en septiembre de 2009. La versión en inglés está disponible en

<http://copysouth.org/portal/copyright-primer>

Envíe comentarios y críticas a

Alan Story

A.C.Story@kent.ac.uk

acs3344@gmail.com

Profesor de Derecho de Propiedad Intelectual
Escuela de Derecho de Kent/Universidad de Kent
Canterbury, Kent CT2 7NS, Reino Unido

Gracias a

**La Academia Británica, el Consejo de Investigación en
Artes y Humanidades (del Reino Unido) y el Trust Leverhulme**
por los recursos financieros en apoyo a esta investigación.

Gracias también a

**Carolina Botero, Fatima Lasay, Alan Scott, Sam Olalo, Jasper Story
Denis Borges Barbosa, Pranesh Prakash, Larry Helfer
Lucas Mangabeira, Wade Mansell, Belinda Meteyard, Debora Halbert
Adam Mannan, Yorgos Axarlis, Nanci Oddone**
por los comentarios, ayuda y sugerencias a la versión original.

Portada

Calaveras Bailando

Contraportada

Las crujías de la peni[tenciario]

por **José Guadalupe Posada**

Artista y grabador mexicano (1852-1913)

Para más información sobre su vida, trabajo, influencia y otras muestras de su arte visita

http://es.wikipedia.org/wiki/José_Guadalupe_Posada

Traducción

Lillian María Navarrete Vaillant

Revisión y corrección del lenguaje técnica

Lillian Álvarez Navarrete, Jose Bellido, Alberto Cerda

Diseño gráfico y editorial

Nanci Oddone

Envíe mensaje de correo electrónico a

contact@copysouth.org

con “Primer” en la línea de asunto

para recibir una copia impresa de este libro en inglés

ÍNDICE DE MATERIAS

INTRODUCCIÓN..... 5

PARTE A – LEYES NACIONALES DEL DERECHO DE AUTOR

1) ¿Qué es el derecho de autor?..... 10

2) ¿Qué tipos de productos pueden ser restringidos/protegidos por la ley de derecho de autor? 14

3) ¿Qué tipos de productos y actividades, en general, no pueden ser restringidas/protegidas por la ley de derecho de autor? 16

4) ¿Cuáles son los criterios o requerimientos técnicos necesarios para obtener el derecho de autor sobre una obra? ¿Cómo nacen estos derechos? ¿Dónde están ellos restringidos/protegidos? 18

5) ¿Quién tiene la titularidad del derecho de autor de una obra? 20

6) ¿Qué poderes legales da el estado al titular de una obra registrada? 24

7) ¿Cómo se hacen cumplir los derechos legales de los titulares del derecho de autor? 26

8) ¿Qué derechos tienen los usuarios? 29

9) ¿Cuál es la duración del derecho de autor sobre una obra?..... 36

10) ¿Qué son derechos morales o personales (no económicos) en el derecho de autor? 40

PARTE B – NORMATIVAS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Unas breves palabras a modo de introducción.....	46
11) ¿Cuál es la relación entre las leyes nacionales y las normativas internacionales del derecho de autor?	47
12) ¿Como estas normativas internacionales ponen trabas, incluso en el Sur global, a los sistemas nacionales de comunicaciones y de derecho de autor?	49
13) ¿Existe algún nivel máximo de protección que los países están autorizados a establecer para los productos con derecho de autor? ¿Hay algunas exclusiones obligatorias al derecho de autor?.....	58
14) ¿Está permitido que una nación haga modificaciones (las llamadas “reservas” en la normativa internacional) sobre el modo en que el Convenio de Berna se aplicará en su propio territorio?.....	60
15) ¿Qué sucede si un país decide que otro país ha violado las normas del Convenio de Berna?	61
16) ¿Existe una equivalencia en la normativa internacional para los derechos de los usuarios garantizados en las leyes nacionales?	64
17) ¿Cómo restringen los tratados internacionales del derecho de autor la actividad en el ciberespacio?	66
18) ¿Pueden estos acuerdos internacionales del derecho de autor, como el Convenio de Berna, ser corregidos y modificados?	70

INTRODUCCIÓN

Este Manual ofrece un resumen, relativamente breve, sobre las disposiciones básicas de las leyes del derecho de autor que operan en el Sur global¹, así como de los principales tratados internacionales sobre el derecho de autor y las convenciones que se aplican. Su destinatario principal no son los abogados y su objetivo es familiarizar a las personas con el modo general en que opera el derecho de autor. No se pretende dar una explicación completa de todos los detalles específicos de la legislación de cada país. Dado que es un bosquejo o idea general sobre la situación legal existente en más de 160 países con más de 160 diferentes legislaciones, el Manual es a veces muy general respecto a ciertos asuntos sin llegar a resaltar en todas las ocasiones las diferencias que existen entre los países.

Analizar las similitudes legales resulta, de todas formas, instructivo y útil. Muchos autores de temas legales se apartan demasiado de las diferencias existentes entre las leyes de derecho de autor de un país y las de otro². Las actuales leyes de derecho de autor que se han establecido en muchos países del Sur global fueron y son todavía muy semejantes a las leyes de sus antiguos amos coloniales. Lo que es más importante, los postulados básicos y la ideología subyacente que los guía fueron y siguen siendo muy similares. En el período colonial estos poderes políticos y económicos, ya sean los ingleses o franceses en África o los holandeses en las Indias Orientales (ahora Indonesia), simplemente calcaron las disposiciones legales que existían en sus países de origen y los trasplantaron, con frecuencia palabra por palabra, a las leyes que estaban redactando, según ellos, para sus lejanas colonias. Estas “imitaciones” coloniales del régimen legal del derecho de autor comenzaron en el Sur global a fines de 1800 y continuaron hasta la mitad del siglo pasado.

Durante el período post-colonial muy pocos de sus fundamentos cambiaron de modo significativo en los países del Sur global, la “imitación” de la legislación del derecho de autor permanece, desafortunadamente, muy viva todavía. Una persona que, por ejemplo, comprende la legislación actual del derecho de autor en Kenya, antigua colonia británica, será capaz de captar rápidamente los puntos principales de la legislación del derecho de autor en el Reino Unido. ¿Por qué? La ley del derecho de autor de Kenya se mantiene hasta hoy día, casi como un duplicado de la ley del Reino Unido. Adicionalmente, los rígidos requerimientos normativos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) 1994 (TRIPS por sus siglas en inglés) han llevado a una posterior armonización y uniformidad general de las leyes del

¹ Algunas personas utilizan el término “países en desarrollo” para referirse a los países del Sur global, es decir a los países de Latinoamérica, África y Asia.

² Los debates sobre el tema de si “las leyes de derecho de autor de mi país son mejores o peores que las suyas” distraen la atención del examen de las similitudes básicas de las leyes del derecho de autor en *todos los países*. Las diferencias secundarias se utilizan para esconder las semejanzas esenciales. Véase la nota al pie 146 de Rickertson y de modo general las preguntas y respuestas #11, #12 y #14.

derecho de autor en la mayoría de los países del mundo. Este asunto será examinado con más detalle en la Parte B de este Manual.

Existen otras razones para esta concordancia global del derecho de autor. El tratado más importante, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, es un arquetipo de tratado en el cual “lo que es bueno para uno es bueno para todos”³. A diferencia de otros acuerdos internacionales y tratados sobre derechos humanos, el Convenio de Berna no permite “reservas”, tal como se conoce en la ley internacional. Esto quiere decir que cuando un país firma el Convenio de Berna, no puede hacer modificación alguna, *sea cual sea*, respecto al modo en que Berna operará dentro de sus propias fronteras⁴. Como resultado, más de cien países signatarios del Convenio de Berna desde 1990, la mayoría de los cuales se localizan en el Sur global, están forzados a crear sistemas nacionales del derecho de autor dentro de un régimen internacional invariable en su esencia desde que “los estados-naciones de Europa, con sus respectivos imperios coloniales, formaron la Unión de Berna en 1886”⁵. Lo que se asume es que todos los países, ricos y pobres, tienen las mismas necesidades y en consecuencia tomando el mismo enfoque legal en todas partes trabajaran para cumplirlo. Si este enfoque no estuviera de por sí suficientemente equivocado, existe otro artículo del Convenio de Berna que le da a los gobiernos miembros el poder específico de conceder *derechos más extensos* a los titulares de los que ya le fueron conferidos por la Convención, pero no les da a los gobiernos facultad alguna para reducir o restringir tales derechos⁶. En otras palabras, el tablero de control del “ascensor” del derecho de autor está fijo de forma permanente en una sola dirección - siempre hacia arriba para los titulares de los derechos- con lo que el mítico equilibrio del derecho de autor queda constantemente desequilibrado. La camisa de fuerza creada por Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC es otra razón por la cual las leyes nacionales de derecho de autor en todo el mundo revelan una esencial uniformidad y coincidencia. Por supuesto que existen algunas diferencias en las leyes de derecho de autor entre los países, pero la mayoría de ellas

³ El texto del Convenio de Berna está disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html.

⁴ Véase el #14 de preguntas y respuestas para más información sobre este asunto.

⁵ Paul Geller, “New Dynamics in International Copyright”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*. 16 (1992), 461,467.

⁶ El artículo 20 titulado “Arreglos particulares entre países de la Unión” establece que “Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio [...]”. Como se explica en alguna parte de este Manual los titulares del derecho de autor toman el lugar de los autores. El artículo 20 resulta el equivalente a firmar un contrato de cinco años con un suministrador de petróleo que establecerá el precio que usted le va a pagar y el que puede solamente *incrementarse, nunca disminuirse*, sin tomar en consideración ni cuál es el precio mundial del petróleo ni la actual demanda mundial ni las reservas existentes. El “contrato” con el Convenio de Berna lleva en vigor más de 123 años. La monarquía británica tiene el mismo sistema de relación unilateral con el gobierno británico. Bajo los términos del acuerdo de 1972, al gobierno británico se le prohíbe recortar los gastos utilizados para financiar la monarquía. En vez de ello, los gastos del gobierno para con la familia real *sólo* pueden ser incrementados. En vez de ello la lista de facturas de la monarquía civil para sufragar los gastos domésticos de la Reina muestra un excedente, en el 2009, de 21 millones de libras (33.5 millones de dólares) y mientras la Reina está considerada una de las personas más ricas del mundo, está prohibido reducir tales desembolsos del contribuyente para disminuir el déficit masivo del país. Alan Travis, “Revealed: the royal wave which means no spending cuts for the Windsors”, *The Guardian*, 26 Sept. 2009, <http://www.guardian.co.uk/uk/2009/sep/26/royal-family-windsors-civil-list>.

son comparativamente menores y en general las pequeñas diferencias existentes han sido omitidas en este Manual⁷. Como hace una década dijo un juez británico, las leyes del derecho de autor están esencialmente interesadas en una sola cosa sobre todas las demás: impedir que las personas hagan algo⁸. Lo que es verdad en Londres es también verdad en Lima, Lagos o Lahore.

A modo de introducción, señalo tres advertencias iniciales acerca de la definición de los términos y leyes del derecho de autor y su significado. Como explicó la prominente novelista afro norteamericana Toni Morrison “las definiciones pertenecen al que define, no a los definidos”⁹. *Primero*, muchas definiciones en apariencia neutrales a las que han dado curso agencias como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (WIPO por sus siglas en inglés), una destacada “definidora” dentro del derecho de autor, son engañosas, y francamente sirven a ellos mismos y a su propaganda. Por ejemplo, la OMPI define el derecho de autor como “un término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas”¹⁰. Mientras tanto, una de las más leídas revistas de noticias de Brasil sugiere que “el Big Bang de Internet” amenaza la existencia del sistema de propiedad intelectual que durante más de 300 años ha servido para “recompensar a los creadores”¹¹. Como veremos en la detallada respuesta a la pregunta #5, no son los creadores los que principalmente adquieren el derecho de autor. Ni tampoco llegan a ser los primeros beneficiarios de tales derechos. Y aun si adquieren el derecho de autor, los creadores no tienen con frecuencia la posibilidad de mantener estos derechos bajo su exclusivo control durante mucho tiempo, a causa de las diferentes presiones y mecanismos de la economía capitalista. Y ganar un derecho (en este caso el derecho de autor) no teniendo la posibilidad real de ejercitarlo significa, en la práctica, que se ha ganado muy poco. En otras palabras, la definición de la OMPI del término derecho de autor esconde más de lo que revela. *Segundo*, muchas de las definiciones y glosarios de los términos del derecho de autor que ustedes pueden haber leído con anterioridad están basados, en diferentes grados, en los enfoques legales de los Estados Unidos. Este problema es particularmente obvio en los documentos que aparecen en Internet. Algunos comentaristas norteamericanos o aquellos que han recibido su entrenamiento legal en los EE.UU., asumen a veces que las personas que viven en otros países utilizan los términos nortea-

⁷ La diferencia más importante está entre el derecho de autor y el sistema de derechos de autor. Los llamados “derechos morales” (más concretamente derechos personales) son un importante componente del sistema de derechos de autor, lo cual está explicado en el #10 de preguntas y respuestas.

⁸ Los comentarios del Juez Jacobs, que es quizás el juez más conocido del Reino Unido en propiedad intelectual, según fue citado por David Vaver, “Internationalizing Copyright Law: Implementing the WIPO Treaties”, *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, WP 01/99, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0199.html>.

⁹ Toni Morrison, *Beloved* (London: Chatto & Windus, 1987), 190.

¹⁰ Véase OMPI en <http://www.wipo.int/about-ip/es/copyright.html>.

¹¹ En un suplemento de 39 páginas de Internet, la revista encabeza su artículo en portugués con las palabras “Suyo, mío, nuestro voto afirmativo: Durante 300 años la propiedad intelectual ha servido para recompensar a los creadores y asegurar que cada invención sea un eslabón en la cadena de innovaciones. Internet lo ha cambiado todo y el mundo discute el futuro de este derecho”. Cíntia Borsato, *Véja*, São Paulo, 12 ago. 2009, <http://veja.abril.com.br/120809/o-seu-o-meu-nosso-conteudo-p-086.shtml>.

americanos del derecho de autor y conceptos tales como “obras para alquilar” “uso justo” o que entienden la noción de la “libertad” de igual modo. Ellas no¹². *Tercero*, la interpretación del significado de las palabras es la preocupación central de los abogados y los tribunales. En el derecho una misma palabra puede tomar diferentes acepciones en dependencia de las circunstancias. Aún más, la definición normal de una palabra en el diccionario puede, de hecho, contradecir su sentido legal práctico. Por lo tanto, en algunos lugares del texto que aparece más abajo, el significado de palabras o frases engañosas, como “original”, ha sido aclarado. La decisión acerca de una definición y sobre qué debe ser incluido o excluido de una definición forma parte, por sí mismo, de un proceso político, tal como Toni Morrison nos advirtió.

Según vayan leyendo este Manual, que ha sido preparado siguiendo un formato de preguntas y respuestas, recuerden que la intención no ha sido la de suministrar una asesoría legal¹³. Recuerden también que la legislación del derecho de autor se modifica regularmente en muchos países. Deben asegurarse de que examinan una versión actualizada de las leyes que abarcan el derecho de autor en su país. Si necesitan asesoría sobre un asunto específico del derecho de autor deben contactar un abogado o alguien con entrenamiento legal que sea conocedor de las leyes del derecho de autor en su país. Esto es, con frecuencia, difícil, porque los abogados cobran más de lo que ustedes pueden pagar. En el caso de los músicos, por citar un ejemplo, aun la simple posibilidad de encontrar un abogado dispuesto a escuchar y que sea conocedor de las leyes puede resultar difícil, si no imposible, en muchas partes del Sur global.

Hay otros lugares donde puede encontrarse información básica acerca del derecho de autor. Consulten en su biblioteca universitaria o pública. Al final del dossier de CopySouth existe un glosario de 50 términos del derecho de autor, así como de frases y organizaciones vinculadas con este¹⁴. Los textos de algunas leyes nacionales del derecho de autor y de tratados internacionales están disponibles en las páginas web de la OMPI¹⁵. Comencemos a tratar de responder diez preguntas básicas relativas a la legislación nacional del derecho de autor, antes de adentrarnos en el terreno de la normativa internacional en la Parte B, donde se da respuesta a otras ocho preguntas.

¹² Esta mentalidad de los EE.UU. de ser el “centro del mundo” es desafortunada ya que existe un número de comentaristas de EE.UU. que han hecho algunas contribuciones apreciables a la comprensión crítica del derecho de autor. Algunos comentaristas del Sur global sobre el tema tienen el desdichado hábito de exagerar grandemente los beneficios del sistema de EE.UU., especialmente en lo referido a sus disposiciones sobre uso justo, porque son de *algún modo* más favorables para los usuarios que las cláusulas equivalentes a esta en sus propios sistemas de derecho de autor.

¹³ Como abogado académico yo emito la dispensa oficial de responsabilidad caso usted decida basarse en estas respuestas durante un proceso judicial o al firmar un contrato de derecho de autor. El texto principal garantiza un resumen esencial y da respuesta a 18 preguntas que considero las más importantes. Las notas al pie, que son ocasionalmente largas, brindan las fuentes legales utilizadas para las conclusiones a que he arribado y ofrecen referencias cruzadas con otras preguntas, del mismo modo que proporcionan un material suplementario para aquellos que están especialmente interesados en algunos tópicos.

¹⁴ Publicado en 2006, el Dossier puede ser bajado libremente en inglés y español en <http://www.copysouth.org>.

¹⁵ La WIPO Lex está disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/index.jsp>. El sitio web de la OMPI puede encontrarse en Inglés, Francés, Español y Árabe. La versión española esta en <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>.

PARTE A
LEYES NACIONALES
DEL DERECHO DE AUTOR

1) ¿Qué es el derecho de autor?

El derecho de autor es un sistema legal de alcance casi mundial que regula la creación, propiedad, control y uso por el público de productos resultantes de ciertas actividades creativas (o no tan creativas) regidas por la inteligencia humana. Entre los ejemplos a citar se incluye escribir libros, esculpir metal, desarrollar programas de computación, filmar un clip para un blog en línea, dibujar la figura para un anuncio, componer un pequeño y tonto correo electrónico para su enamorada o un avión de papel hecho por un niño de siete años. Los resultados de estas actividades son denominados “expresiones” u “obras” en la terminología legal del derecho de autor.¹⁶ En su nivel más elemental, la ley del derecho de autor permite al titular de una obra protegida copiar, modificar y distribuir esas expresiones. Ellos reciben el “derecho a copiar” obras, así como una serie de actividades relacionadas con ello. A menos que el titular consienta en esto o una disposición legal de escape llamada “derecho de usuario” la declare disponible,¹⁷ a cualquier otra persona en el mundo le está prohibido por ley ejercer este derecho. Como es frecuente que no sea el creador original quien ostenta el derecho de autor, las prohibiciones acerca de la reproducción pueden incluir hasta al propio autor de un libro o al músico que compuso una canción. Para abreviar, el derecho de autor es un derecho exclusivo o un privilegio del titular y un derecho de exclusión o inhabilitación para todos los demás¹⁸.

El derecho de autor comienza de forma rudimentaria en el siglo XVIII en Europa, en Gran Bretaña los editores de libros fueron el principal “grupo de presión” (lobbistas) de esas primeras leyes¹⁹. Este sistema legal y su ideología acompañante fueron inicialmente impuestos por el colonialismo sin consentimiento, en muchas partes del Sur global donde el derecho de autor no existía con anterioridad. En los países de Suramérica, a pesar de la independencia formal del capitalismo directo desde mucho antes con respecto a Asia o África, se mantuvieron fuera del Convenio de Berna de 1886 hasta los años sesenta, con la excepción de Brasil que se adscribió en 1922²⁰. Argen-

¹⁶ Una “obra” es un término técnico ampliamente usado en el derecho de autor y significa que un producto es el resultado de algún tipo de esfuerzo o labor. Por lo tanto, un libro, partitura musical o programa de computación, son todos “obras” a los efectos del derecho de autor. Las computadoras pueden por sí mismas crear una obra. El autor de un libro (que puede ser potencialmente protegido) puede declarar que su libro no está protegido por el derecho de autor, tal como yo he hecho con este Manual.

¹⁷ Véase la pregunta y respuesta #8.

¹⁸ La palabra “privado” en el concepto de propiedad privada proviene del latín “privare” que significa “carecer de” Erich Fromm, *To Have or To Be?* (Jonathan Cape, 1978), 56.

¹⁹ “La historia del derecho de autor comenzó cuando un objeto físico, un libro, se convirtió en mercancía” Nick Taylor, “The Prospects for Copyright in a Bookless World”, *Columbia Journal of Law and Arts*. 30 (2006-07) 185,189. Esto no es estrictamente verdad. Sería más exacto escribir “[...] cuando un objeto físico, un libro, se convirtió en mercancía de masas” (gracias a Nanci Oddone por esto esclarecimiento). El primer código del derecho de autor fue el Estatuto Británico de Anne de 1710.

²⁰ Muchos países latinoamericanos tuvieron pronto relaciones de derecho de autor con España y Francia. Véase José Bellido “*Copyright Law in Latin America: Experiences of the Making, 1880-1910*, Ph.D Dissertation). Algunos países latinoamericanos fueron miembros de la Convención de Derecho de Autor de Buenos Aires en 1910, aunque los EE.UU. ignoraron las disposiciones de esa convención sobre la duración del derecho de autor. Muchos países latinoamericanos

tina obtuvo su independencia de España en 1816 pero no redactó su primera ley de derecho de autor hasta 1910.²¹ Dos poderes imperiales sucesivos, España y Estados Unidos, impusieron regímenes de derecho de autor – los propios – en las Filipinas.²² Incluso hasta avanzados los años ochenta muchos países demoraron la importación de este trasplante legal extranjero, mientras otros resistieron enérgicamente la aprobación de más leyes nacionales restrictivas como las dictadas en el marco de los tratados globales sobre derecho de autor.²³ Esta oposición resulta comprensible. Esos tratados globales fueron escritos mucho antes que la mayoría de los países del Sur se convirtieran en miembros y los puntos principales de sus principios legales se mantuvieron sin modificación hasta varias décadas después.²⁴ No es sorprendente entonces que el derecho de autor se mantenga como un trasplante desconcertante y exótico en aquellas partes del Sur con tradiciones culturales muy diferentes a aquellas de Londres, París o Nueva York. Por ejemplo, las culturas orales, que están más ampliamente extendidas en el Sur que en el Norte, no poseen regímenes de derecho de autor; esto se debe tanto a razones culturales como legales.²⁵ Muchas partes de Asia y África tuvieron, y todavía tienen, tradiciones de compartir la cultura que son enteramente opuestas a la ideología de ser propietario del derecho de autor.²⁶

fueron miembros de otra convención internacional conocida como la Convención Universal del Derecho de Autor (Universal Copyright Convention, UCC) que se adoptó en 1952. Pero hoy día esta convención tiene mucha menos importancia de la que tuvo un día, especialmente si se la compara con el Convenio de Berna y para reducir la complejidad de este Manual todas las referencias a la UCC han sido omitidas. Véase también Ricketson y Ginsburg en la nota al pie 144.

²¹ Un número de países latinoamericanos, incluyendo Argentina, establecieron relaciones internacionales del derecho de autor *antes* de crear sus propias leyes nacionales lo que quiere decir que sólo los intereses extranjeros del derecho de autor fueron recompensados dentro de los países latinoamericanos. Véase Bellido, nota al pie 20, capítulo 5.

²² En 1879, España promulgó una ley de implementación del derecho de autor que entró en vigor a través de un Real Decreto en 1880 (disponible en español en http://www.ompi.ch/clea/en/text_html.jsp?lang=ES&id=1330). Esta ley española fue extendida a su vez para abarcar a su colonia de Filipinas con un posterior Real Decreto de 1887. Durante la colonización de América esta ley de 1879 se mantuvo como ley en las Filipinas bajo los términos del Tratado de París de 1898 por el cual los EE.UU. sustituían a España como amo colonial de las Filipinas. Este Decreto español de 1879 se mantuvo vigente hasta 1924 (gracias a Fátima Lasay por transmitir esta historia).

²³ La antigua colonia británica de Singapur fue un caso típico de “participante tardío” en el sistema global del derecho de autor. “Hasta la segunda mitad de 1980 Singapur no tuvo un sistema de propiedad intelectual propio y se apoyó en la reinscripción de los derechos de la propiedad intelectual protegidos en el Reino Unido”. En la vecina Tailandia “[...] el debate [incluso en el final de los 80], sobre cambios polémicos a la ley de derecho de autor para fortalecer la posición de los titulares de derechos, condujeron incluso a la disolución del parlamento y a la convocatoria de nuevas elecciones.” Christopher Antons, “Intellectual Property Law in Southeast Asia: Recent Legislative and Institutional Developments”, *Journal of Information Law and Technology* 1 (2006) Special Issue.

²⁴ En 1970 el Convenio de Berna tenía sólo 58 miembros. Porque su última revisión, de poca importancia, ocurrió en 1971, ninguno de los más de 100 nuevos miembros desde esa fecha dijeron algo que cambiase sus cláusulas.

²⁵ Por razones legales, véase pregunta y respuesta #4.

²⁶ “En las sociedades tradicionales de África, la información y la experiencia de la vida siempre se han transmitido de una generación a otra a través de las tradiciones orales y el folklore para beneficio de toda la sociedad. Con los nuevos acuerdos comerciales negociados y redactados [...] las sociedades africanas son intimadas para que adopten regímenes de derecho de autor que son contrarios al entendimiento africano de compartir la información”. Gertrude Kayaga Mulindwam, Presidenta – Comité Organizador, Conferencia del Fórum Africano de Derecho de Autor, Uganda, Noviembre 2005, citado en *The Copy South Dossier*, 84, www.copysouth.org/. En el pensamiento de Confucio, ampliamente divulgado en Corea, “las ideas o pensamientos creativos son considerados del dominio público, no como propiedad privada. Copiar un libro escrito por otros no es una ofensa, en su lugar una actividad recomendada, que refleja la pasión por el conocimiento”. Sang-Hyun Song y Seong-Ki Kim, “The Impact on Multilateral Trade Negotiations of Intellectual Property Laws in Korea”, *UCLA Pacific Basin Law Journal* 13 (1994), 118, 120. En ese

Hoy día, el sistema del derecho de autor es un fenómeno global íntimamente conectado con la expansión, contracción y contradicción del mercado capitalista global. Tal como señala la Asociación de Editores del Reino Unido:

El derecho de autor ofrece un marco práctico, legal y mercantil para comerciar la propiedad intelectual y las obras del intelecto. Dentro del sistema, los productos de la creación o del intelecto se convierten en mercancías comercializables²⁷.

Algunos países declaran que el derecho de autor de estas mercancías, ya sean libros o arte o programas, son en sí mismos una forma de propiedad privada.²⁸ Las obras protegidas se establecen como formas de propiedad legal por el estado, el cual respalda sus cualidades similares a las de una propiedad y las protege. (En una primera época los libros y otras obras impresas eran conocidos como “propiedades literarias”). Por contraste, las leyes de algunos otros países, como las de EE.UU., no establecen explícitamente que el derecho de autor sea una forma de propiedad. Pero cualquiera que sea la redacción de los códigos, las empresas indudablemente consideran los productos protegidos que poseen solo como otra propiedad asentada en sus hojas de balance. En otras palabras, los bienes protegidos son tratados del mismo modo que ellos tratan sus fábricas, flotas de camiones, u otra forma de propiedad corporativa. Y los tribunales de todas partes tratan el derecho de autor como una propiedad privada.

No debe asustarnos etiquetar el derecho de autor como una propiedad. Ni tampoco debemos pensar que esta etiqueta lo sacraliza o garantiza a sus titulares estar liberados de regulaciones o adquisiciones, especialmente cuando tenemos en cuenta quiénes ostentan predominantemente la titularidad de los productos protegidos y se benefician con su venta.²⁹ El sistema tributario les quita la propiedad (dinero) a las personas para necesidades sociales. La reforma agraria expropia la propiedad de terratenientes ricos y la entrega a los sin tierra. La esclavitud considera a los esclavos como propiedad, como personas que eran poseídas. La primera tarea en muchas revoluciones es la expropiación de la propiedad, particularmente las que pertenecen a ricas corporaciones extranjeras. En el contexto del derecho de autor, ¿cómo puede ser injusto que un pueblo necesite que se le devuelva su propia cultura? Que sea o no considerada como “propiedad “ se convierte en algo irrelevante.

Veamos más de cerca esta peculiaridad del carácter de propiedad. El derecho de autor es una de las principales ramas de esa sub-disciplina legal denominada propiedad intelectual. Las pa-

tiempo los autores destacaron que esta “actitud hacia los derechos de la propiedad intelectual no han cambiado grandemente”.

²⁷ La Asociación de Editores del Reino Unido http://www.publishers.org.uk/images/stories/AboutPA/Copyrightthe_basics.pdf. Una “obra” es un término ampliamente utilizado por la ley de derecho de autor y significa que un producto es el resultado de algún tipo de esfuerzo o trabajo. Por lo tanto, un libro, una partitura musical, un programa informático y un blog son todas obras a los efectos del derecho de autor. Los ordenadores pueden por sí mismos crear una obra.

²⁸ Véase artículo 22 (1) de la ley de derecho de autor de Sudáfrica, <http://bit.ly/1GvMAQ>.

²⁹ Véase “quién es titular del derecho de autor” en la pregunta y respuesta #5.

tentes, que protegen invenciones, son la otra rama principal, las marcas comerciales que protegen los nombres de marcas, son una tercera rama y aún hay otras formas. El derecho de autor, como otros tipos de propiedad intelectual es una forma de propiedad intangible, el dinero es otro tipo. Intangible significa “incapaz de ser tocado”³⁰ y esta es una de las muchas distinciones entre la propiedad protegida por el derecho de autor y la propiedad física, como la tierra, un automóvil o el almuerzo de alguien. ¿Cuáles son las consecuencias de estas y otras diferencias? Son muchas. Algunas propiedades físicas, como la tierra, son escasas, es muy poca la que está disponible para ser utilizada. Las expresiones y las ideas, por contraste, no escasean. Nuevas ideas y nuevos pensamientos surgen y se van multiplicando a lo largo del mundo cada día, y, a diferencia del caso del petróleo, no escasean con su uso, de hecho, las expresiones no se consumen en realidad. Lo que la ley del derecho de autor hace es crear lo que los economistas llaman una “escasez artificial” en esas expresiones intangibles, eso pone una barrera legal invisible o un cerco de propiedad privada en torno a ellas para privarnos de su uso. Una vez que escasean, se habrán convertido en “mercancías comercializables” y dichas expresiones protegidas podrán ser vendidas del mismo modo que las mercancías físicas como la tierra y el petróleo, que sí son naturalmente escasas.

En contraste con la propiedad física, los productos intangibles protegidos pueden ser reproducidos a bajo costo, de un modo simple y rápido. A pesar de que la producción de la matriz o primera versión de una canción o un programa puede ser costosa, una máquina grabando discos compactos (CDs) en una línea de ensamblaje puede producir copias adicionales en serie al costo de unas pocas rupias indias por cada disco. El aspecto económico de la fabricación de productos físicos como casas o automóviles es radicalmente diferente. Especialmente en la era de Internet, esta característica de reproductibilidad barata de los bienes protegidos, así como su movilidad global, los hacen especialmente valiosos para los titulares y distribuidores de esos bienes.³¹ Una vez que se produce una simple matriz de CD, miles de copias del *mismísimo* CD puede ser vendida desde distintos sitios web a una gran cantidad de lugares diferentes a lo largo del mundo al *mismísimo* tiempo. Otra vez, los automóviles o aspiradoras no pueden ser obviamente negociados, vendidos y enviados de este modo. No es sorprendente entonces que el derecho de autor haya sido etiquetado como la “fiebre del oro” del siglo XXI... al menos para aquellos que poseen esas vetas de oro.

En el mismo sentido, la mayor parte del valor de un libro protegido no descansa en el costo del papel o su encuadernación (eso es, en su propiedad física) pero sí en la expresión intangible o no-física que puede encontrarse entre sus páginas. Son precisamente estas expresiones lo que el

³⁰ Por supuesto, usted puede tocar un libro o un papel, pero el valor de ninguno de ellos proviene de su naturaleza física sino del valor que ellos representan. El papel real del papel moneda no tiene absolutamente valor alguno.

³¹ A la inversa, el hecho de que muchos productos protegidos en la era digital puedan ser reproducidos tan fácilmente, hace mucho más difícil y costoso a los titulares del derecho de autor mantener sus monopolios.

derecho de autor protege. Por ejemplo, cuando usted compra un libro, usted posee un objeto físico tangible, pero no posee la expresión protegida que se encuentra en sus páginas. Estas expresiones pertenecen todavía al titular del derecho de autor y la “mano invisible” de la ley alcanza a mantener esta propiedad intangible bajo el pulgar del titular y disponible para su propia explotación actual y posterior... a menudo por muchas décadas en el futuro.³² Esta misma “mano invisible” y el mismo pulgar controlador alcanzan y extienden la mano también a través de Internet³³. Otra diferencia (y esta es frecuentemente olvidada por los abogados) es que las expresiones protegidas no son meramente simples mercancías como automóviles o tubos de pasta dental. Las canciones, historias y representaciones, protegidas o no, son absolutamente cruciales para que las personas se reconozcan a sí mismos y creen los cimientos de su identidad cultural. Una diferencia final e importante entre los bienes físicos e intangibles – y esto nos retrotrae a la pregunta de la carencia – es que robarle a alguien el carro o el almuerzo significa que la persona privada de ello se quedara varada o con hambre. Las expresiones, por contraste, pueden ser compartidas y utilizadas conjuntamente sin que alguien se prive de ellas por su utilización o uso repetido.³⁴ En otras palabras, el derecho de autor sobre un bien no puede ser robado, el titular nunca será privado de su propiedad aun si alguien utiliza el bien protegido sin el permiso de éste.

2) ¿Qué tipos de productos pueden ser restringidos/protegidos por la ley de derecho de autor?

El Convenio de Berna solamente enumera más de treinta categorías de obras específicamente protegidas por el derecho de autor que son el resultado de un amplio espectro de actividades.³⁵ Estos productos que pueden ser protegidos incluyen numerosos tipos de obras escritas,

³² Sobre la duración del derecho de autor, véase pregunta y respuesta #9.

³³ Por ejemplo, mientras escribía y editaba este Manual en Brasil, tuve la oportunidad de “zapear” en el ciberespacio y acceder a las bases de datos legales disponibles utilizando mi respaldo universitario en el Reino Unido (y a un alto costo para la Universidad, podría añadirse). Pero yo sólo podía acceder a estos materiales gratis porque era un empleado universitario, tenía el código de acceso y una licencia para utilizarlo. Muchos investigadores jurídicos que viven en América Latina pudieran recibir una proverbial bofetada de esta “mano invisible” de la ley si hubieran tratado de hacer lo mismo.

³⁴ La Fiscal General y Ministra de Justicia de Ghana, Betty Mould Iddrisu, expresa la opinión común en contra. En un reciente discurso en Accra, ella dijo que “robar la propiedad intelectual de cualquiera [...] es similar a robarle a alguien el televisor o las joyas de la casa”. La Ministra de Justicia alienta a los periodistas a poner a prueba las leyes del derecho de autor. *Ghana News* 30 jul. 2009, <http://news.myjoyonline.com/news/200907/33395.asp>. Nosotros no negamos que hay una gran confusión al encasillar al derecho de autor como una propiedad. El poderoso y bien conocido senador de EE.UU. Orrin Hatch ha escrito que “el principio fundamental de la filosofía contemporánea del derecho de autor debe ser que es un derecho de propiedad que tiene que ser respetado como cualquier otro derecho de propiedad”. Orrin Hatch, “Toward a Principled Approach to Copyright Legislation at the Turn of the Millennium”, *University of Pittsburgh Law Review* 59 (1998) 719, 721. El enfoque que ofrece Hatch, vocero por largo tiempo de intereses corporativos del derecho de autor, mezcla muchos tipos diferentes de propiedad y termina en una confusión, deliberada o no. Por ejemplo, la propiedad personal de alguien, como un cepillo de dientes, es muy diferente en su fuerza de impacto social al de una propiedad corporativa que produce ingresos como es el caso de una fábrica. Las regulaciones urbanísticas pueden expresar que usted no puede echar abajo la casa que posee y sustituirla con un incinerador. El petróleo se consume y es usado, el derecho de autor no. Y así sucesivamente.

³⁵ “Proteger” productos por derecho de autor significa necesariamente que ellos están restringidos para los usuarios.

tales como novelas, recetas, artículos de periódicos, correos electrónicos, manuales de instrucción, horarios de autobús y hasta el código de un programa de ordenador con el 00000011000010000001, algo que un comentarista denominó “partes de máquinas electrónicas invisibles e ilegibles”³⁶. Todas estas obras son falazmente denominadas “obras literarias” en la ley del derecho de autor, engañosas porque aun las frases comunes que aparecen en un tubo de pasta dental pueden ser designadas como una “obra literaria”. ¿Cuántos programadores de ordenador se dan cuenta de que crean una “obra literaria” cuando escriben un código? Existen obras dramáticas como las obras de teatro y guiones de programas de televisión. La televisión, el cable y las transmisiones de radio están protegidas también, tal y como lo están las palabras que aparecen en los anuncios. Asimismo se protegen los blogs de Internet. La descomunal y lucrativa industria de los videojuegos se esconde tras un anticuado escudo de derecho de autor.³⁷ Existe una larga lista de obras artísticas que pueden ser objeto de protección, tales como pinturas, esculturas y dibujos arquitectónicos o el modo en que los colores y las formas son usados en una cartelera de anuncios. Las fotografías, películas y videos pueden generar derecho de autor. También puede llegar a ser protegida la coreografía de una danza y el “entretenimiento que hay en un espectáculo mudo”, para usar el lenguaje arcaico del Convenio de Berna.

En el campo de la música, existen diferentes derechos de autor tanto para la composición de partituras musicales como para la letra. La grabación de esa música en un CD genera su propio derecho de autor. Cada nuevo arreglo de una partitura musical genera a su vez derecho de autor.³⁸ Los titulares de algunos tipos de bases de datos computarizados originan derecho de autor. Igualmente aquellos que diseñan mapas o emprenden la traducción de obras a otro idioma. Las obras, aunque no hayan sido publicadas, pueden generar derecho de autor. La tipografía de las palabras en un artículo de revista o en este Manual puede ser protegida en algunos países. Estas protecciones (y por lo tanto las restricciones que impiden el uso de las obras) pueden extenderse a las obras protegidas disponibles en Internet aunque alguna gente crea erróneamente que es una zona “libre de derecho de autor”.³⁹

La lista anterior no es exhaustiva. Bajo la presión de los intereses corporativos, los gobiernos incrementan regularmente las categorías de las obras que pueden ser objeto de protección y, al menos hasta donde este autor conoce, no existen categorías que hayan sido jamás excluidas de la lista de obras elegibles para el derecho de autor desde que se redactó el Convenio de Berna en

³⁶ Vaver, como fue citado en la nota al pie #8.

³⁷ En algunos países la industria de video juegos sobrepasa ahora a la industria del cine y de la música en cuanto a importancia económica. “Tax breaks call for games firms”, *BBC News*, Mar 5, 2009, <http://bit.ly/15ce3Q>. Japón es el líder.

³⁸ La ejecución pública de música u otras formas creativas está protegida por derechos conexos conocidos como “derechos de intérpretes”. La discusión sobre el tema se omite aquí.

³⁹ Para un mayor desarrollo sobre los asuntos referidos a Internet véase pregunta y respuesta #17.

1886.⁴⁰ Usando una amplísima definición, esta Convención establece que el término “obras literarias y artísticas” protegidas se aplica a “*toda* producción del dominio literario, científico y artístico *cualquiera* que sea su modo o forma de expresión”.⁴¹ En otras palabras, los productos protegidos son omnipresentes en nuestra vida diaria, aunque no nos demos cuenta de ello, porque a diferencia de una aspiradora, una propiedad intangible no se puede ver o tocar.

3) ¿Qué tipos de productos y actividades, en general, no pueden ser restringidas/protegidas por la ley de derecho de autor?

No existe una lista definitiva o completa de los productos que están sin protección (o más exactamente que “*no pueden* ser protegidos”) por el derecho de autor. Como el alcance y fuerza del derecho de autor se expande mundialmente, algunos productos que en general estaban excluidos de protección hasta hace pocos años, tales como los programas de ordenador, están ahora a menudo clasificados como productos protegidos. Para tomar solamente dos ejemplos de los muchos existentes, ¿quién hubiera podido pensar que el simple diseño de una simple letra o el hecho de que las letras de la palabra VISA se deslicen sobre una tarjeta de crédito VISA serían suficientes para convertir estos dos diseños en obras artísticas protegidas?⁴²

Aún persisten tres amplias categorías que se mantienen *por regla general* excluidas del derecho de autor.

a) Para comenzar, las ideas por sí mismas no están protegidas por el derecho de autor, pero la expresión particular de esa idea sí puede serlo. Por lo tanto, en una novela de detectives en particular o en una canción de Reggae específica puede perdurar el derecho de autor, pero no en el concepto o la idea general de las novelas de detectives o en el compás de un reggae en sentido general. ¿Cuál es la razón fundamental? Si la idea de una novela de detectives fuera protegida, nadie más que el primer autor, podría escribir y publicar una novela de detectives hasta tanto el derecho de autor sobre esa idea expirase. A pesar de que existe una frase legal típica muy repetida que establece que “usted puede copiar una idea, pero no puede copiar legalmente una expresión” (asumiendo que la expresión esté protegida) definir exactamente dónde termina una idea y comienza una expresión es con frecuencia una cuestión demasiado complicada y costosa para que sea decidida en la sala de un tribunal.

⁴⁰ Eliminar una categoría de obras de la protección del derecho de autor podría, con toda probabilidad, provocar el grito de los titulares de “me están quitando mi propiedad”. Esta es otra razón por la cual reformar la ley de derecho de autor es una empresa tan difícil.

⁴¹ Convención de Berna, artículo 2, énfasis añadido.

⁴² Véase el caso australiano de 1991 *Roland Corporation and Another vs Lorenzo e hijos Pty Ltd.* 33 FCR 111 y el caso canadiense *Visa International Service Assn. c. Auto Visa Inc.* 41 C.P.R. (3d) 77. En el último caso no hubo discusión acerca de si VISA era una marca comercial registrada.

b) Tampoco el derecho de autor da protección a hechos, principios científicos, incidentes históricos, o simplemente a las noticias sobre un hecho común. Si el derecho de autor subsistiera en tales situaciones, pudiera ocurrir un monopolio semejante al ya mencionado acerca de las novelas de detectives con relación a un principio matemático o una idea, por citar un ejemplo. Aun los fundamentalistas más exigentes no han propuesto que el concepto de sustracción o aquel de la ecuación $4-2=2$ deban ser protegidos... ¡al menos hasta ahora!

c) Existe una tercera categoría con una miscelánea de artículos que es probable también sean eximidos del derecho de autor, aunque no necesariamente en todos los países. Estas excepciones pueden incluir una simple palabra o una corta frase usada en un lema, habitualmente un restaurante no puede proteger un eslogan que diga “*Coma en María’s*” en el frente de su tienda. Las palabras utilizadas en un título corto o el nombre de un producto no logran usualmente derecho de autor, ellas pueden, no obstante algunas veces poseer marca comercial.⁴³ Algunos productos ya protegidos bajo patentes o regímenes de marca comercial no pueden alcanzar también la protección del derecho de autor; los programas de computación, así y todo, están con frecuencia protegidos tanto por la patente como por el derecho de autor. Y por lo general nadie puede obtener el derecho de autor sobre un método que explica el modo de realizar una actividad, tal como preparar el almuerzo de alguien o simplemente brindar una lista de ingredientes de un sándwich. Pero las recetas específicas han resultado elegibles recientemente para poseer derecho de autor en algunos países.⁴⁴

Sólo algunas breves palabras de *advertencia*: los titulares de algunos productos pueden llegar a reclamar, a veces de manera muy agresiva y confiada, que sus productos están protegidos por el derecho de autor cuando, de hecho, no lo están o no pueden estarlo debido a restricciones legales. Alternativamente, algunas personas pueden tratar de reclamar la titularidad del derecho de autor de un producto en particular cuando, de hecho, ya alguien posee el derecho de autor sobre tal producto. Y de hecho muchas reclamaciones dudosas y ambiciosas pueden ser impugnadas. Una situación semejante ocurrió hace pocos años cuando un célebre instructor de yoga nacido en Calcuta trató de hacer valer su reclamación de que él había obtenido la titularidad del derecho de autor sobre las técnicas hindúes tradicionales de yoga en los EE.UU. Otros instructores de yoga objetaron tal mezquino enfoque...y ganaron.⁴⁵ Por lo tanto tengan cuidado en jactarse o fanfa-

⁴³ El nombre “Harry Potter” en sí, no puede ser protegido, pero J. K. Rowling es dueña de una marca comercial con el nombre “Harry Potter” y la autora más rica del mundo “juega duro” cuando se refiere a asuntos de la propiedad intelectual y por eso ella puede tratar de reclamar también el derecho de autor sobre el nombre. Para un ejemplo de las tácticas litigantes codiciosas y agresivas de Rowling contra una comunidad que organizaba un festival religioso en la India, véase http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/7040191.stm.

⁴⁴ Para la legislación en los EE.UU. véase <http://www.copyright.gov/fls/fl122.html>.

⁴⁵ K. P. Nayar, “Bikram yoga copyright bid unravels”, *The Telegraph* (Calcuta, India), 15 Mayo 2005, http://www.telegraphindia.com/1050515/asp/nation/story_4741699.asp. Como se explica en la pregunta y respuesta #12, si esta reclamación hubiera sido aceptada en los EE.UU., ello le habría dado también protección mundial, incluyendo a la India.

rronear infundadamente, la táctica en las batallas por el derecho de autor no son muy diferentes de las que se utilizan en los juegos de naipes.

4) ¿Cuáles son los criterios o requerimientos técnicos necesarios para obtener el derecho de autor sobre una obra? ¿Cómo nacen estos derechos? ¿Dónde están ellos protegidos/restringidos?

Si una obra es el tipo de expresión o producto clasificado en la respuesta #. 2 los requerimientos legales adicionales para la obtención del derecho de autor no serán entonces muy exigentes. Usualmente son cinco:

**Primero*, el producto debe ser considerado usualmente como una “obra original”. El término es impreciso, de hecho está cargado ideológicamente y asume que el sistema del derecho de autor se dirige fundamentalmente a recompensar la originalidad y la creatividad. No es así. La palabra “original” está definida en el diccionario como “novedoso”, “sin precedente”, “fresco en su carácter o estilo” o “no producido con anterioridad”.⁴⁶ ¿Cómo entonces pueden considerarse originales palabras ciertamente tan gastadas como “*cepíllese después del desayuno*” que aparecen en un tubo de pasta? Ciertamente pocas personas pensarían que esa frase pueda ser “nueva o reciente en su carácter”. Pero en la legislación del derecho de autor la palabra “original” no significa “nueva” ni “no producida con anterioridad”. En su lugar la ley del derecho de autor toma la palabra “original” para significar que una frase o imagen ha sido originada o creada por su autor. Pero aún este oscuro significado de la palabra “original” resulta engañoso. *Toda* obra creativa producida *alguna vez* ha estado fuertemente influenciada por lo que sucedió con anterioridad, del mismo modo que por el contexto social o cultural en el que fue producida. Efectivamente muchas obras protegidas son copias indirectas o casi idénticas a las obras producidas previamente por otras personas.⁴⁷ Por lo tanto es falso considerar que cualquier expresión particular es un “ejercicio independiente de la mente” o “no se deriva o depende de otra cosa similar”, que son otras de las definiciones de “original” que suelen aparecer en los diccionarios.

**Segundo*, la creación de una obra suele implicar una cierta cantidad de esfuerzo y de trabajo por parte del creador. En los tribunales muchos litigios se han decidido valorando si ha sido invertido el trabajo necesario para alcanzar este requisito. Con frecuencia, éste ha sido bastante poco.

**Tercero*, la obra debe fijarse. Este requisito legal significa que posea un carácter esencialmente fijo, estable o capaz de ser percibido, ya sea por el ojo humano o por una máquina.⁴⁸ Debe

⁴⁶ “Original”, *Oxford English Dictionary* (Oxford, UK: Oxford University Press, 1989).

⁴⁷ Como señaló el artista español Pablo Picasso: “Los malos artistas copian, los grandes artistas roban”. <http://bit.ly/nnSic>.

⁴⁸ Ya que muchas producciones culturales indígenas no se fijan, no pueden llegar a ser protegidas por el derecho de autor. Una discusión más completa sobre los pueblos indígenas, se encuentra en Deborah Halbert, *Resisting Intellectual Property* (New York: Routledge, 2005), capítulo 6, Traditional Knowledge and intellectual property: seeking alternatives.

tomarse en cuenta que no todos los países han establecido explícitamente este requisito en sus propias leyes. Legalmente la fijación significa que una expresión ha sido “fijada por escrito o de cualquier otro modo”, para utilizar una frase legal común que puede encontrarse en las normas legales de muchos países. He aquí cómo funcionan los requisitos para la fijación, hablar informalmente a un grupo de amigos o tocar un compás improvisado en un saxofón o mover los brazos en el aire, *no* son actividades o expresiones que *por sí mismas* puedan ser generalmente protegidas por el derecho de autor. Pero si esta conversación, la interpretación del saxo o el movimiento de los brazos han sido grabados por una cámara de video, entonces las imágenes de esta actividad pueden ser objeto de protección.⁴⁹

**Cuarto*, debe existir un autor designado (o un grupo de autores) que puedan ser identificados y reconocidos legalmente como la persona o personas que han creado la obra que sería protegida.⁵⁰

**Quinto*, con el fin de alcanzar la protección en otros países, en adición al país en que la obra fue creada, el creador necesita ser ciudadano o residente del país cuando y donde la obra fue originalmente creada, o ser ciudadano o residente de alguno de los más de 160 países signatarios del Convenio de Berna. Excepto en el caso de los relativamente pocos países que no son miembros del Convenio de Berna, éste resulta obviamente un requisito bastante fácil de cumplir.

Si una obra cumple con los requisitos básicos, está *automáticamente* protegida tan pronto haya sido creada y fijada por un autor.⁵¹ La protección legal nacional cubre no sólo el país donde ha sido producida sino – y esto es de importancia crucial – esta protección y las restricciones escritas mencionadas para su uso, se extienden *a todos los países* signatarios del Convenio de Berna. Esta característica globalizadora fundamental revela el poder arrasador del derecho de autor internacional... y los beneficios potenciales que pueden derivarse de la distribución mundial y de la venta de los productos protegidos. Por lo tanto un libro protegido publicado en Boston, en los EE.UU., está automáticamente protegido por el derecho de autor en Bogotá o Beijing (y viceversa)⁵². Debe

⁴⁹ Significativamente el derecho de autor no es propiedad de la persona que ha sido grabada en video, lo es sólo un poco de la persona que opera la cámara, pero si esa persona está empleada, es de su empleador. Para más detalles sobre la propiedad del derecho de autor por los empleadores, véase la próxima pregunta y respuesta.

⁵⁰ Esta es otra razón legal por la cual la mayoría de las producciones culturales indígenas no pueden ser protegidas. La mayoría de los pueblos y comunidades indígenas no consideran que sus producciones sean obra de un genio individual, como en la tradición occidental, sino que son algo así como un recurso colectivo de la comunidad.

⁵¹ Los manuscritos inéditos están protegidos por el derecho de autor.

⁵² Difícilmente sea necesario subrayar la obvia significación económica y cultural de esta supuesta reciprocidad, en una base per cápita y una base de conjunto, son muchos más los libros y películas de EE.UU. que se venden en Colombia que los libros y películas colombianos comprados en los EE.UU. En el 2004 China autorizó el derecho de autor de 4.068 libros publicados en EE.UU. y de 2.030 publicados en el Reino Unido. En comparación, tanto EE.UU. como el RU autorizaron el derecho de autor sólo a 14 y 16 libros chinos respectivamente durante el mismo año. Paul Richardson, “Reducing the cultural deficit: China assays the World book market” *Logos*, 17/4, 182. He aquí un ejemplo específico de la unilateralidad en el comercio de libros. “Este año [2006] Macmillan [una compañía editorial alemana] celebró haber vendido más de 100 copias de su texto sobre idioma inglés para los niños de escuelas primarias chinas, *New Standard English*”. Harriet Swain y Mandy Garner, “Required readings for 1 billion students”, *The Times Higher*, 17 nov. 2006, 20. Estas estadísticas nos ofrecen una muestra del argumento de la queja de EE.UU. a la OMC de que el gobierno chino está discriminando la venta de productos mediáticos norteamericanos “China regrets ruling in WTO case”, *BBC News*,

notarse que no hay requisitos para registrar formalmente un trabajo en ninguna oficina gubernamental. Ni es necesario fijar el símbolo © en una obra para obtener el derecho de autor.

5) ¿Quién tiene la titularidad del derecho de autor de una obra?

La redacción más común de muchas de las leyes nacionales del Sur Global (y del Norte) establece que el autor⁵³ de una obra protegida debe ser “su primer titular” o el titular “en primera instancia”.⁵⁴ Pero las realidades legales y económicas crean habitualmente un panorama muy diferente y complejo. Sí, es exacto afirmar que algunos creadores, no todos por cierto, que son trabajadores autónomos, pueden ser los primeros titulares del derecho de autor sobre sus obras. En muchas circunstancias, sin embargo, ellos no son lo suficientemente ricos o poderosos como para poder retener o hacer cumplir estos derechos. Poseer un derecho en teoría -que pudiéramos llamar “derecho en el papel” o un derecho que rara vez pueden llegar a ejercer muchas personas- difícilmente puede considerarse como un derecho legal *genuino*. Tomemos el caso de los músicos y los escritores, muchos de los cuales son trabajadores independientes. Como condición para ser grabados o publicados las compañías grabadoras y los editores solicitan con frecuencia a los creadores que transfieran a sus compañías su derecho de autor, bien sea por contrato o a veces por un acuerdo informal.⁵⁵ En estas típicas circunstancias, los derechos legales del derecho de autor nunca han sido, en un sentido real o práctico, *adquiridos realmente* por sus creadores. O en otras ocasiones, el creador real sólo puede mantenerse como titular por un breve período de tiempo, en ocasiones por unos pocos días o minutos. En otras palabras, el creador real es simplemente el titular “en primera instancia” y rápidamente desaparece como titular de su propia obra.⁵⁶

Las publicaciones académicas que son propiedad de corporaciones también se adhieren a una política que despoja a los creadores de sus derechos. Como una condición para su publicación en tales revistas privadas, se obliga a los autores académicos a que transfieran a los editores corporativos el derecho de autor de sus artículos sin recibir pago alguno. Si no lo transfieren, no lo publican⁵⁷. A decir verdad muchas veces debe renunciarse al derecho de autor aún antes de que

13 ago. 2009, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/8198706.stm>.

⁵³ “Autor” es una palabra genérica en la ley de derecho de autor y se refiere a un individuo o incluso a una compañía que ha creado una obra de cualquier tipo que pueda ser protegida. Aun puede aplicarse dicha palabra a un amplio espectro de creadores que incluye a los compositores de música, pintores, poetas y programadores de ordenador.

⁵⁴ Un ejemplo típico puede encontrarse en el artículo 1/(1) del Código de Propiedad Intelectual de Sri Lanka véase <http://bit.ly/HDXGm>.

⁵⁵ Muchos fotógrafos son emplazados para que cedan el derecho de autor de sus fotos como condición para su venta. Véase Shahidul Alam, “The majority world looks back”, *New Internationalist* 6, ago 2007. Disponible en <http://bit.ly/RfGRc>.

⁵⁶ Por ejemplo, sólo uno entre los 300 diseñadores más importantes del mundo que se presentan en la principal Feria de Diseño en Frankfurt, Alemania, tiene la posibilidad de retener el derecho de autor para sí o su propio diseño, si este ha sido vendido a un fabricante (de una entrevista conducida por el autor hace algunos años).

⁵⁷ Esta situación unilateral ha sido uno de los factores más importantes que han conducido al crecimiento y aumento de la influencia del prestigioso movimiento de libre acceso a publicaciones académicas.

el artículo sea publicado. De ese modo, mientras algunos autores y otros creadores pueden ser a veces los primeros titulares, si ellos *se mantienen realmente* como titulares es absolutamente un tema aparte. Algunos autores pueden continuar siendo titulares de sus propias obras, pero en la realidad apoyan a los lectores para que bajen libremente sus obras de Internet, porque, entre otras razones, valoran que compartir sus libros contribuye a divulgarlos. El sitio web del muy conocido escritor brasileño Paulo Coelho nos ofrece un buen ejemplo.⁵⁸

Debemos también enfatizar que el simple hecho de que alguien sea titular del derecho de autor de una obra puede significar financieramente muy poco. En la sociedad capitalista, a menos que el titular de una obra protegida tenga fácil acceso a las redes de distribución nacional o mundial y pueda realmente vender esa obra en un mercado lucrativo, el derecho de autor en sí mismo es virtualmente inútil, es un simple estado simbólico para algunas personas. Además, este supuesto “derecho” puede ser de escaso valor si el creador *y el* titular, supongamos, un artesano individual de Guatemala o Gambia carece de los recursos legales y financieros suficientes para defender su derecho en los tribunales si su obra ha sido copiada o utilizada sin su permiso. ¿Qué sucede si una fábrica textil británica importante copia ilegalmente el diseño de un textil de Gambia en sus telas y si el diseñador conoce, por casualidad de esa infracción? Saltar a bordo de un vuelo a Londres y contratar allí un costoso abogado sobre propiedad intelectual, casi nunca podrá ser una opción. En otras palabras el derecho de autor de los creadores queda convertido en un *derecho hipotético*, que usualmente falla o es aplastado por otras fuerzas de la sociedad, con frecuencia los intereses corporativos, que tienen más derechos legales, además de poseer el poder social político y económico para hacer cumplir sus propios derechos en contra de los de los creadores.⁵⁹ A excepción de algunas pocas superestrellas, los creadores independientes simplemente dejan de negociar el poder, no sólo sobre los derechos de autor, sino sobre muchos aspectos de sus relaciones con las compañías productoras.⁶⁰

⁵⁸ Véase el sitio web Pirata Coelho en <http://piratecoelho.wordpress.com>.

⁵⁹ Para una mejor comprensión de los derechos, véase Mark Tushnet, “*An Essay on Rights*”, *Texas Law Review* 62 (1984), 1363. Las sociedades recaudadoras del derecho de autor tales como las que operan en la industria de la música, realmente recolectan pagos por royalty para los músicos, pero muy pocas veces se involucran en el financiamiento de acciones legales en favor de sus miembros por infracciones del derecho de autor.

⁶⁰ Un economista de la cultura explica que “por algunas razones los artistas están en especial desventaja en relación con las empresas de la industria cultural”. Mientras “frecuentemente un gran gigante multinacional de una industria oligopólica [quiere decir dominada por unos pocos productores] tiene fácil acceso” a fondos de inversión importantes y a los canales de distribución, los artistas individuales no tienen ninguno de los dos. Los artistas también tienen “un relativamente pequeño portafolio de obras y no pueden correr riesgos”. En comparación, una gran firma tiene probablemente “un amplio portafolio de obras protegidas que pueden explotar cuando las condiciones del mercado sean favorables”. Finalmente, los artistas individuales tienen un menor conocimiento de las condiciones del mercado y no pueden enfrentar los costos legales de defender sus derechos en los tribunales [incluyendo derecho de autor] del modo que lo hacen las empresas. Las superestrellas en tanto “tienen una fuerte posición de negociación y sus altos ingresos reflejan esa realidad” Ruth Towse, “Copyright Policy, Cultural Policy and Support for Artists”, en Wendy J. Gordon y Richard Watt, eds. *The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2003), 69-70. Otro estudio concluye afirmando que cuando se hace un número de descuentos, el promedio de pago inicial por royalty de un artista musical se ve reducido de un 12 por ciento a un tres por ciento en los ingresos

Aun de mayor importancia para comprender la cuestión de la titularidad del derecho de autor es el hecho de que el derecho de autor en obras creadas por empleados como parte de su trabajo, le pertenece a sus empleadores.⁶¹ La mayoría de las personas en el mundo, no debemos olvidarlo, están empleadas por alguien, así sea en un pequeño negocio, en una gran corporación o en una agencia estatal. El valor económico creado por el trabajo de sus empleados, tanto si supone la creación de un programa de ordenador protegido, que es lo que nos incumbe, o el ensamblaje de bicicletas, en un sistema capitalista es posesión del empresario. El derecho de autor sobre el programa Word difícilmente sea propiedad de los programadores que lo desarrollaron para Microsoft y sus accionistas. De igual modo, el derecho de autor en un artículo de un periódico o revista rara vez es propiedad del periodista que lo escribió, incluso es ésta la práctica habitual aún cuando el escritor sea un periodista por cuenta propia. Una vez más encontramos que la definición de derecho de autor de la OMPI, ya mencionada en la introducción, es inadecuada.

Mientras algunos países hacen explícito este precepto relativo a la propiedad del empleador sobre el derecho de autor en sus leyes nacionales, otros países establecen que la titularidad del derecho de autor está en dependencia de cuáles palabras se encuentran en el contrato de trabajo de un empleado. Pero en la mayoría de los casos hay simplemente dos rutas legales diferentes para alcanzar el mismo resultado práctico. ¿Por qué es esto así? Casi sin excepción, los contratos individuales de trabajo establecen que el empleador posee el derecho de autor sobre las obras creadas por sus empleados durante el tiempo en que trabajen para él. En otros casos la propiedad del empleador está legalmente asumida como existente en los términos de tales contratos, aun si dichas palabras no están incluidas en realidad en el contrato. Tal y como han dictaminado repetidamente los tribunales, la titularidad del derecho de autor es un término implícito en un contrato de trabajo⁶². Sólo en circunstancias poco usuales un empleado podría tener suficiente poder de negociación, si se la compara con la fuerza de su empleador, para ser capaz de emplazar o demandar con éxito que el contrato de trabajo que ha firmado deja el derecho de autor en manos del empleado que creó la obra.

por ventas. Tobias Regner, "Innovation of Music" (en la misma colección de Gordon y Watt) citando M. Krasilovsky y S. Shemel, *This Business of Music* (New York: Billboard Books, 2000). Regner concluye en la pág. 109 que "la amplia mayoría de los artistas reciben relativamente poco del derecho de autor [...]". Estos estudios no examinan la situación de los músicos en el Sur global y según mis propias discusiones personales sé que su situación en conjunto no es ciertamente la mejor y usualmente es peor. En la India, por ejemplo, los cantantes de la industria de cine de Bollywood no reciben pagos por royalty procedentes de la venta de casetes y en su lugar sólo obtienen un pago por una vez." Sonu Nigam wants royalty for singers", *LANE*, 7 Octubre 2004, <http://bit.ly/4numUx>.

⁶¹ Las leyes de muchos países hacen explícita la propiedad del empleador, véase, por ejemplo el artículo 127 la ley de la India sobre el derecho de autor o el artículo 17 (3) del Código de Propiedad Intelectual de Sri Lanka. Esta redacción refleja exactamente la del artículo 11 la ley sobre derecho de autor, diseños y patentes del Reino Unido. Esto no es sorprendente porque, como ya se ha dicho, los británicos escribieron la ley original del derecho de autor en ambos países.

⁶² Un término implícito es aquél que no está expresado, pero no obstante forma parte de los términos contractuales, porque se asume que existe en él. Esto contrasta con un término expreso, que realmente está señalado en el contrato.

En todo caso, las corporaciones poseen realmente muchos más productos protegidos comercializables que los que poseen todos los individuos que han creado obras protegidas en el mundo.⁶³ Más aún, los productos protegidos de las corporaciones son con frecuencia los más valiosos y lucrativos. Por ejemplo, la gigantesca agencia fotográfica Corbis, establecida por Bill Gates, el dueño de Microsoft, controla más de cien millones de imágenes a lo largo del mundo y sus ingresos en 2006 exceden de 251 millones de dólares estadounidenses.⁶⁴ El programa Word de Microsoft para computadoras es quizás el producto protegido más valioso del mundo. Los gobiernos también poseen productos protegidos y también existen personas que pudiéramos llamar “cobradores del derecho de autor”. La fallecida estrella del pop estadounidense Michael Jackson poseyó por más de 20 años el derecho de autor de la mayoría de la música de los Beatles. En el 2005 los derechos de autor de los Beatles eran más de 400 millones de dólares, casi diez veces el precio que Jackson pagó por ellos, y él ganó “millones de dólares (norteamericanos) al año” por esos derechos.⁶⁵ Pero, al mismo tiempo, ni siquiera la mega-estrella Jackson poseía el derecho de autor de muchas de sus propias canciones.⁶⁶

En la mayoría de los países los derechos de autor pueden ser vendidos y comercializados por sus titulares como si fueran petróleo o potes de pescado. Tales mercancías pueden ser intercambiadas con frecuencia por otras o pueden llegar a ser utilizados como recursos colaterales o garantías en algunos préstamos.⁶⁷ Los derechos de autor pueden transmitirse a los herederos, aun a aquellos del autor original (si es que ese autor mantuvo su propio derecho de autor hasta su muerte) o a los herederos de cualquier otro que poseyera el derecho de autor. Para abreviar, hay muchos posibles titulares de obras protegidas. Los creadores reales están frecuentemente en una jerarquía inferior a aquellos que son titulares de los derechos de autor.

Hay un asunto adicional que subrayar, si usted negocia con obras protegidas, es muy importante que determine quién es el titular individual o corporativo y dónde tienen su sede o residencia. Muchas veces esto no es algo fácil de lograr. Los titulares, no los creadores, están en el “asiento del chofer” de las leyes de derecho de autor y en muchas circunstancias están muy por encima, en

⁶³ Sacar esta conclusión no niega que a un grupo selecto de intérpretes del Sur global les haya ido bien financieramente de acuerdo al actual sistema de producción cultural. La diva del pop Shakira, de Colombia, el brasileño Roberto Carlos y algunas estrellas de Bollywood en la India son nombres que vienen a la mente. Pero ellos son atípicos, los intérpretes promedio del Sur tienen aún más dificultades que sus colegas de los países ricos para mantener el pan sobre la mesa.

⁶⁴ Véase la nota al pie 55 de Shahidul.

⁶⁵ Krysten Crawford, “Michael Jackson to lose Beatles catalog?” *CNN Money.com*, May 5, 2005, <http://bit.ly/3cmsT1>.

⁶⁶ Cuando la música de Jackson recibió una mayor cobertura, durante las semanas que siguieron a su repentina muerte en Junio del 2009, todos los royalties devengados por su música fueron a parar a los cofres del conglomerado musical Sony. Chris Tryhorn, “Tangled web of Michael Jackson’s huge debts will be hard to unravel”, *The Guardian*, 30 jun. 2009, <http://bit.ly/RtzqH>.

⁶⁷ La renombrada fotógrafa estadounidense Annie Leibowitz está en situación de perder el derecho de autor de sus propias fotos si no reembolsa un préstamo de 24 millones de dólares estadounidenses para finales de septiembre del 2009. Las mismas pueden ser adquiridas por la firma apropiadamente llamada Capital Art que le prestó esos fondos. Andrew Goldman, “How Could This Happen to Annie Leibowitz? The \$24 million question” *New York*, 16 ago. 2009, <http://ny.mag.com/fashion/09/fall/58346/>.

importancia legal y fuerza, que los reales autores de las obras en cuanto a decidir si una obra protegida puede o no ser usada.

6) ¿Qué poderes legales da el estado al titular de una obra registrada?

Cuando el estado otorga derechos legales a los titulares del derecho de autor, les da *fuerza sobre el uso* de las obras protegidas. Pero lo que resulta crucial es que inclusive le da a los titulares la *fuerza sobre otras personas* que pudieran querer utilizar estas obras por sí mismos de un modo diferente o necesitaran traspasarlas a otros usuarios, como puede ser el caso de los maestros respecto a sus estudiantes.⁶⁸ El derecho exclusivo que le ha sido otorgado a los titulares del derecho de autor les confiere lo que pudiéramos llamar un “candado” sobre las expresiones. Sin una seria restricción legal los titulares solos deciden cómo y de qué modo esas expresiones se tornan disponibles, para quiénes y a qué precio.⁶⁹ Esta fuerza y control sobre la propiedad protegida y las personas tienen un impacto mundial, y en el caso de la música son ellas, literalmente, las que crean, difunden y consolidan el “*imperio internacional del sonido*”.⁷⁰

Observando específicamente el modo en que opera este “candado”, el derecho de autor significa textualmente “*el derecho a copiar*”. Este término está claramente interpretado. Significa que la mayoría de los usos que pudieran darse a una obra están prohibidos si no tienen el permiso del titular del derecho de autor, algunos de los cuales son tan intrépidos como para reclamar “*absolutamente cualquier uso*”. Los tipos de usos o actividades que sólo los titulares pueden llevar a cabo legalmente incluyen: hacer la copia de una obra (por ejemplo, con la ayuda de una fotocopidora o una computadora) hacer copias disponibles para un público más amplio, como es el caso de una película, lo que significaría mostrarla en un cine o en un parque por la noche, representar una obra “en público”, que incluye las obras teatrales, pero también puede significar la lectura en público de extractos de una novela. La lista de derechos exclusivos es bien larga. Por ejemplo, el titular del derecho de autor es el único que puede emprender un nuevo arreglo musical, conocido como “modificación” de una canción protegida. El titular es el único que puede re-escribir o modificar el código de un programa de computación o autorizar un cambio. Al mismo tiempo pueden surgir muchas “triquiñuelas” legales. El titular del derecho de autor, por ejemplo, es el único que puede decidir si un óleo que cuelga de la pared de una habitación puede ser filmado al hacer

⁶⁸ De cómo adjudicando los derechos de propiedad se reconoce poder sobre las personas y no sólo sobre la propiedad real, véase Morris R. Cohen, “Property and Sovereignty” *Cornell Law Quarterly* 13 (1927), 8. El poder de esta propiedad se extiende inclusive lejos en el futuro tal como se explica en la pregunta y respuesta #9.

⁶⁹ La única restricción potencial sería que el gobierno se decidiera a emprender una acción legal contra el titular del derecho de autor basándose en el argumento de que los precios que se cobran por sus productos son anti-competitivos. Tales intervenciones gubernamentales en el mercado son raras.

⁷⁰ Jack Bishop, “Building International Empires of Sound: Concentrations of Power and Property in the ‘Global’ Music Market”, *Popular Music and Society* 28 (2005), Issue 4, 443-471.

una película, aun si la cámara tomara simplemente una panorámica de la pared para brindarnos una atmósfera de fondo.⁷¹ Existe un gran número de otras actividades, algunas llamadas “actividades secundarias” que sólo puede realizar el titular o que sólo pueden hacer las personas a quienes el titular haya dado una autorización explícita, usualmente por escrito en forma de licencia. Por ejemplo, una de las más importantes editoras educacionales, Pearson PLC, maniobró para detener el embarque de libros fotocopiados desde la India hacia las bibliotecas de Etiopía.⁷² Otras actividades prohibidas incluyen importar artículos protegidos en un país para ser vendidos o la venta de productos protegidos tales como un programa “legal” de computación o música dentro del mismo país. Si un tribunal lo aprueba, aquellos que violen alguna de estas reglas, así como otras muchas que aparecen en la ley, están cometiendo infracciones del derecho de autor.

He aquí algunos ejemplos del tipo de actividades que usualmente los titulares pueden *impe-*
dir que sean hechas por algún no-titular (es decir cualquier otra persona en el mundo):

1) Fotocopiar “demasiado” de un libro, en algunos países; aun cuando sea para el uso privado de esa persona, lo que se considera “demasiado” lo deciden los tribunales.

2) Usar “demasiados” detalles de las tramas específicas contenidas en una obra protegida, como una novela, e incluirla en una nueva obra como es una película. Nuevamente los tribunales

⁷¹ En este caso, como se explicó en la respuesta a la Pregunta #1, el titular del derecho de autor, más que la persona propietaria físicamente de la pintura, es quien determina si otros pueden usar ese cuadro en una película o fotografiarla. Cuando un director de cine planeó utilizar cuatro segundos y medio del programa de televisión de EE.UU. *The Simpsons* que sería mostrado en la parte posterior de un set donde estaba filmando, los titulares del derecho de autor quisieron un pago de 10.000 dólares estadounidenses. Inútil decir que Homer nunca apareció en esa película. Larry Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (NY: The Penguin Press, 2004), 95-99.

⁷² En marzo de 2008, el Comisionado de Aduanas de la India confiscó 626 cajas de libros que fueron impresos en la India y estaban destinados a ser utilizados por estudiantes en las bibliotecas de Bahirdar, Etiopía. Las cajas requisadas contenían fotocopias de 23 títulos diferentes solicitados por el Ministro de Educación. Prentice Hall presentó una reclamación porque poseía el derecho de autor de uno de los títulos y por tanto la exportación iba en contra de las disposiciones de la ley de derecho de autor de la India. Véase “Customs Authority as Copyright Watchdogs: a Welcome Initiative?”, 26 mayo 2009, http://spicyipindia.blogspot.com/2009/05/customs-authority-as-copyright_26.html. Prentice Hall es propiedad de Pearson PLC que tiene su cuartel general en Londres. Pearson es el mayor editor del Reino Unido, India y Australia y tiene el segundo lugar en EE.UU. y Canadá. En 2008 tuvo ventas por 7.810 millones de dólares estadounidenses y sus ganancias operativas ajustadas alcanzaban 15,8% de 1.240 millones de dólares estadounidenses. En su sitio web, Pearson ha fijado las palabras de Peter Druker, famoso gurú estadounidense en educación de negocios: “Yo pienso que la industria creciente en el mundo del futuro será muy pronto la educación continua de los adultos. Pienso que una persona educada del futuro será alguien que se dé cuenta de la necesidad de continuar aprendiendo. Esta es la nueva definición y va a cambiar el mundo en el que vivimos y trabajamos”. En cuanto a cambiar el mundo del conocimiento: Etiopía (un país con una población de más de 80 millones) fue clasificado por el FMI en el 2008 en el lugar 168 entre los 180 países más pobres del mundo de acuerdo al producto interno bruto per cápita. Sobre las bibliotecas de Etiopía, el CopySouth Dossier informó en la página 108: “Una encuesta de los años noventa reveló que la biblioteca de la Universidad de Addis Abeba en Etiopía fue obligada a cancelar sus suscripciones a un total de 1200 publicaciones académicas [...]. Un estudio de 1995 del sistema de esta universidad de Etiopía reveló que sólo 4.2 por ciento del total de títulos han sido publicados desde 1985 y, consecuentemente, la amplia mayoría de los libros conservados son viejos y deben ser considerados desactualizados”. Citando Damtew Teferra, “Knowledge Creation and Dissemination in African Universities with Special Reference to ICT”, Paul Tiyambe Zeleza y Adebayo Olukoshi, eds. *African Universities in the Twenty-First Century* v. 2 (Council for the Development of Social Science Research in Africa, 2004), 392. De acuerdo con el *CLA Fact Book*, el Gobierno de Etiopía gastó 25,4% del PIB en 2008 en inversiones públicas de todo tipo, o sea, 6.517 millones de dólares estadounidenses. Las ventas totales de Pearson fueron en el mismo año 7.810 millones de dólares estadounidenses como se dijo anteriormente (gracias a Jasper Story por su ayuda en los cálculos).

definirán que son “muchos” detalles; predecir qué decisión tomarán ellos resulta difícil en litigios cuyos límites están confusos.

3) Usar cualquier parte de una foto protegida, en la mayoría de los países; incluso un centímetro cuadrado no puede ser reproducido legalmente sin el permiso del titular. Así por ejemplo, la mayoría de los collages de fotografías infringen el derecho de autor por su propia naturaleza.

4) Descargar música de Internet sin autorización, aunque sólo se trate de unos pocos compases. Esto generalmente significa usarla sin pagar, aunque no en todos los casos. En su lugar algunos sitios de música pueden exigirle que vea anuncios publicitarios.

5) Traducir un artículo de una revista, periódico o libro a otro idioma. En este caso no importa si el libro está ya agotado y no puede comprarse (es decir está fuera de imprenta) o incluso si después de muchos años de su primera publicación el titular aún no haya traducido el artículo a otro idioma ni tenga la intención de hacerlo. La lista y la tiranía potencial de los titulares de derecho aumenta sin parar. Los titulares gobiernan, no los autores.⁷³

Al mismo tiempo, existe un número de sutilezas legales y “áreas grises” relacionadas con estas actividades. Los hechos particulares de un conflicto pueden determinar su resultado. Y el éxito o el fracaso de un caso en los tribunales puede depender de lo que el tribunal decida que representan todas y cada una de las palabras. Por ejemplo, ¿qué significa en realidad la palabra “en público”?⁷⁴ O ¿qué exactamente es una “modificación” y qué no lo es? Para abreviar, tengan mucho cuidado porque la ley de derecho de autor puede ser muy compleja.

Al mismo tiempo, no podemos olvidar de que hay *ciertos límites* a esos derechos exclusivos y los titulares *no pueden impedir todos los usos posibles para todos los objetivos posibles*. Si estos límites no existieran, un estudiante de la universidad o del bachillerato no pudiera tener la posibilidad de citar, por ejemplo, unas pocas líneas de un libro protegido cuando escribe un ensayo. O el estudiante no podría hacerlo sin obtener primero el permiso del titular del derecho para cada pasaje citado y quizás debiendo pagarle por ese privilegio.

Sin embargo, a un estudiante *no se le obliga* a obtener ese permiso. Veamos los varios derechos que tienen los usuarios en la pregunta y respuesta #8 que aparece más abajo.

7) ¿Cómo se hacen cumplir los derechos legales de los titulares del derecho de autor?

Los derechos de autor se pueden hacer cumplir de dos formas principales. Usualmente los titulares toman la iniciativa y pueden intentar una de dos rutas posibles: (a) comenzar por sí mismos un juicio por infracción contra un presunto transgresor de los derechos de autor; (b) infor-

⁷³ La única excepción parcial es en materia de derechos personales, como se explicó en la pregunta y respuesta #10.

⁷⁴ Un ejemplo de lo que significa “en público” se analiza en la pregunta y respuesta #8 más abajo.

mar a las autoridades estatales como la Fiscalía o la Policía para que investiguen y procedan en contra de los supuestos infractores en representación de los titulares... y supuestamente también en nombre de toda la sociedad. En algunas ocasiones ocurren tanto la A como la B.⁷⁵ En los países del Norte, la opción A es la que se sigue con mayor frecuencia. Muchos de los casos de infracciones se deciden en tribunales civiles, quiere decir que los tribunales no penales se ocupan de resolver lo que se llama “derechos y deberes privados”. Durante el subsiguiente procedimiento civil, es de la sola responsabilidad del titular del derecho probar que la infracción ha ocurrido. Es válido añadir aquí que las personas pueden resultar culpables de haber cometido la infracción aun sin haberse dado cuenta de que lo que hacían en realidad infringía los derechos de autor. “Yo no sabía que era ilegal” no resulta suficiente defensa en los tribunales para las infracciones del derecho de autor. Si el procedimiento es exitoso, el tribunal puede conceder una solución que puede ser el pago al titular por parte del infractor de los daños financieros.⁷⁶ Un tribunal puede también ordenar que los materiales objeto de la infracción sean destruidos y/o su distribución interrumpida.

Pero, a no ser que un titular posea los suficientes recursos financieros y legales para asumir una batalla legal prolongada, es muy poco probable que ese titular alcance éxito mediante una acción judicial. Esto resulta especialmente cierto si el supuesto infractor, conocido en algunos sistemas legales como “el acusado”, es rico y poderoso. Si no se combinan tales recursos, los titulares del derecho, especialmente los autores, pueden simplemente ser forzados a “aguantarlo”, porque no tienen poder suficiente para hacer algo a través de los tribunales. Proceder con un caso de infracción del derecho de autor no es como acudir a un pequeño tribunal de reclamaciones, estos casos legales pueden resultar realmente muy costosos.

Por contraste, en el Sur global la opción B es hoy día la más importante. Un reciente estudio realizado por un juez sudafricano encontró que “la acción penal es hoy día la principal herramienta de ejecución en los países en desarrollo”.⁷⁷ Pueden ocurrir todavía algunos casos en los tribunales civiles, pero en el Sur cada vez con mayor frecuencia son las escuadras de la policía, los oficiales de aduana y los equipos especiales de seguridad los que pueden estar involucrados. En Nigeria, por ejemplo, la Comisión Nigeriana del Derecho de Autor y los fiscales estatales, cons-

⁷⁵ Se utilizan también otros métodos. Un editor de una corporación que posee una base de datos de artículos de publicaciones académicas, recientemente amenazó con desconectar a todos los usuarios de una gran universidad brasileña, a menos que una sola persona, que presuntamente descargaba demasiados artículos, se identificara y dejara de hacerlo. Si esta persona, estudiante o profesor, estaba violando los términos del contrato es dudoso (entrevista personal con el autor en agosto del 2009).

⁷⁶ Por ejemplo, en agosto del 2009 a un estudiante universitario de EE.UU. se le ordenó pagar 675.000 dólares estadounidenses a cuatro compañías grabadoras por haber descargado y compartido 30 canciones protegidas. Después que promovieron contra él y ganaron un caso de infracción del derecho de autor los daños fueron valorados en 23.000 dólares estadounidenses por canción. “Joel Tenenbaum’s Big Day in Court: Los estudiantes graduados ahora deben a la industria grabadora \$675,000, *BU Today* 6 ago. 2009, <http://www.bu.edu/today/node/9333>.

⁷⁷ Louis Harms, *The Enforcement of Intellectual Property Rights by Means of Criminal Sanctions: An Assessment*, Advisory Committee on Enforcement, World Intellectual Property Organization, nov. 2007, p. 14, en <http://bit.ly/11YNPB>.

cientes de su publicidad, asumieron los supuestos casos de infracciones del derecho de autor con el mismo fanatismo que la policía podría asumir los casos de asesinato, violación o secuestro⁷⁸. Las sanciones aplicadas como condena son cada vez con mayor frecuencia grandes multas impuestas por el estado y sentencias de prisión cada vez mayores. En Nigeria y Singapur, por ejemplo, los tribunales pueden sancionar a los infractores a penas de prisión de hasta cinco años, así como imponerles grandes multas.⁷⁹ En Colombia los infractores del derecho de autor pueden ser enviados a la cárcel hasta por ocho años.⁸⁰ Estas sentencias son más escandalosas que las que se imponen por asaltos físicos graves en algunos países. Y se elevan constantemente, mes por mes. A principios del 2009, el segundo estado más poblado de la India dictó una ley que puede dar como resultado el encierro en prisión de los llamados “video piratas” sin darles siquiera la posibilidad de una fianza antes de comparecer en el tribunal o ser condenados. Extrañamente el delito ha sido incluido – aunque quizás no tan extrañamente si se tiene en cuenta el pánico actual a la piratería- en la misma legislación que se ocupa de los traficantes de drogas y otros “individuos peligrosos”.⁸¹

Va más allá del alcance de este Manual involucrarse en una discusión acerca si la infracción del derecho de autor debe ser tratada como un delito, es decir, si debe ser tratado como un crimen

⁷⁸ Las suntuosas publicaciones de la Comisión Nigeriana del Derecho de Autor parecen más con picantes revistas de “*crimen verdadero*”; ellos publican regularmente fotos de oficiales en acción empuñando ametralladoras. Su sitio web – <http://www.nigcopyright.org/index.html> – incluye un importante mensaje anti-piratería donde advierte que la piratería en el derecho de autor “es un crimen contra la humanidad” y que “empobrece a la industria creativa”. Significativamente, la más conocida industria cultural de Nigeria, Nollywood, la tercera industria en el cine, después de Hollywood y Bollywood, fue edificada precisamente a base de piratería del derecho de autor y de la burla deliberada de sus leyes.

⁷⁹ Véase ley Nigeriana de derecho de autor, artículo 18 (1)(c) en <http://bit.ly/bhGij> y Harms, nota al pie 79 Anexo 1.

⁸⁰ Ley Colombiana No. 1032 del 2006 artículos 270-272.

⁸¹ En marzo del 2009, la ley de Maharashtra sobre prevención de actividades peligrosas de slumlords*, contrabandistas y narcotraficantes de 1981 fue enmendada para convertirse en la ley de Maharashtra sobre prevención de actividades peligrosas de los slumlords*, contrabandistas, narcotraficantes, personas peligrosas y video piratas. La definición de video pirata es amplia e incluye cualquier pliego de cargo por infracciones a quien “esté involucrado o esté preparándose para involucrarse en cualquiera de las actividades como un video pirata que afecta o parece afectar desfavorablemente el mantenimiento de orden público”. El orden público se perturba por “producir y distribuir copias piratas de música o películas, lo que resulta en una pérdida de confianza en la administración”. Un abogado de Maharashtra explica que “La MPDA es una ley rigurosa que no tiene prevista fianza”. Las personas acusadas de un crimen, pero no convictas, pueden ser retenidos en prisión preventiva por hasta 12 meses. Tal como comenta Pranesh Prakash (en un correo al autor) “Así, las actividades no comerciales como compartir los archivos se ven igualadas a las de los contrabandistas y traficantes de drogas y la prisión preventiva (una reliquia del pasado de la India colonial contra los derechos civiles) puede ser aplicada”. Véase “Piracy law late, but welcome proposal to curb film piracy” *The Times of India*, 27 Marzo 2009, <http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/4320731.cms>. Para una información mayor sobre esta legislación véase S. Hussain Zaidi, “MPDA, a new weapon for post-TADA cops”, *The Indian Express*, 10 November 1997, <http://www.indianexpress.com/ie/daily/19971110/31450563.html> y Spicy IP enviado por Prashant Reddy el 3 Mayo 2009: “Beware Mumbaikars: the Slumlord’s Act could detain you for a year for simply buying a pirated DVD”, <http://spicyip.india.blogspot.com/2009/05/beware-mumbaikars-slumlords-act-could.html>. La ley previa está disponible en http://www.maharashtra.gov.in/english/homedept/pdf/act_1981.pdf.

* **N. de la T.** “Slumlord” es un vocablo despectivo para los dueños de inmuebles deteriorados que alquilan a muy bajo costo, en deplorables condiciones manteniendo solo las mínimas para poder tener inquilinos que a su vez no pueden pagar algo mejor y son muchas veces desahuciados por este. También se aplica a los dueños de tiendas miserables. A veces hasta son dueños de pequeños barrios marginales en espera de que el estado se los compre con el fin de echarlos abajo y construir nuevas edificaciones.

contra la sociedad.⁸² Pero podemos hacer una pregunta ciertamente pragmática: teniendo en cuenta que la mayoría de las acciones para ejecutar esta costosa ley penal en el Sur global está encaminada a la defensa de productos protegidos, como películas y programas de ordenador que pertenecen a organizaciones corporativas de los países industriales ricos, ¿deben las fuerzas policiales de los países del Sur, habitualmente tensas al máximo, consagrar sus recursos a tal actividad?

8) ¿Qué derechos tienen los usuarios?

Como ya se ha señalado, el derecho de autor es un derecho monopolista o privilegio dado por el estado a los titulares. Esto *no* quiere decir, sin embargo, que el público no pueda de cierta forma hacer algún uso de una obra protegida. *Bajo ciertas condiciones específicas*, las cuales se han ido restringiendo más en los años recientes, los usuarios tienen *algunos derechos* para usar obras protegidas. Aquí el término “derechos del usuario” es la frase legal más exacta que puede utilizarse porque se aprecia mejor, en mi opinión, que el derecho de autor es un derecho creado por el estado y la más amplia sociedad con un supuesto fin público. El término incluso reconoce que el usuario de hoy es el creador de mañana.⁸³ Estos derechos del usuario han recibido diferentes nombres legales en los diferentes países. “Trato justo” es un término que se usa principalmente en los países que una vez pertenecieron al Imperio Británico, tales como Singapur y Sudáfrica. “Uso justo” es el término usado en Filipinas, porque sus leyes de derecho de autor han sido modeladas en estrecho vínculo con las doctrinas legales norteamericanas. En algunas otras partes del Sur, en los materiales elaborados por la OMPI y en los escritos de la mayoría de los comentaristas legales, estos derechos de usuarios se denominan frecuentemente “limitaciones y excepciones al derecho de autor”.

Acerquémonos más a los derechos del usuario para comprender como funcionan.

**Primero*, estos tres términos legales (trato justo, uso justo, y limitaciones y excepciones) tienen diferentes significados y los derechos de usuario pueden diferir considerablemente a través del mundo. La palabra “justo” por sí misma es altamente ambigua, es un retórico “bienestar” que a menudo no tiene nada que ver con la verdadera imparcialidad. No hay una norma universal válida para la

⁸² Sólo para “dejar constancia” de ello, yo no creo que compartir archivos protegidos sea un crimen contra la sociedad.

⁸³ En países que operan bajo sistema del derecho de autor, como muchos en América Latina y en las partes de África colonizadas por los franceses, tales usos se consideran como un tipo de favor (o privilegio especial) concedido por el autor a los usuarios. Para comprender adecuadamente la naturaleza, tanto de la creatividad o del derecho de autor, resulta altamente engañoso colocar a los creadores y los usuarios en dos campos opuestos y antagónicos con diferentes intereses. Como ya explicaron los escritores: “Los libros descienden de los libros como las familias descienden de las familias”, Virginia Woolf, *Collected Essays II* (NY: Harcourt Brace, 1967), 163; “[...] la poesía sólo puede hacerse de otros poemas y las novelas de otras novelas”. Northrop Frye, *Anatomy of Criticism* (Princeton: 1957), 97; “cuando un hombre muere, el capítulo no se arranca del libro, sino se traduce a un mejor lenguaje”. John Donne, citado por Jonathan Lethem, “The ecstasy of influence: a plagiarism”, *Harper's magazine*, feb. 2007, <http://www.harpers.org/archive/2007/02/0081387>. Sus comentarios reflejan acercamientos a la creatividad que son muy comunes en el Sur global. Por ejemplo en *La muerte del autor*, Roland Barthes explica que “[...] en las sociedades etnográficas la responsabilidad de un relato no se asume nunca por una persona sino por un mediador, [...] cuya ‘interpretación’ – la maestría de su técnica narrativa – puede ser posiblemente admirada pero nunca su ‘genio’”. Citado por J. Smiers, “Why Impose Copyright on Non-Western Countries?”.

imparcialidad. Lo que es considerado “trato justo” en el país A no es necesariamente considerado justo en el país B, aun si las necesidades de acceso son mayores en el B que en el A...y por lo tanto el acceso pudiera ser, aun discutiblemente, “más justo”. Más aún, lo que es “justo” muchas veces no tiene nada que ver con un trato global más imparcial, justo o equitativo sino con aquello que la ley o casos anteriores han determinado es “justo”.⁸⁴

**Segundo*, ni los titulares del derecho de autor ni la mayoría de los autores usan o gustan del término “derechos de usuario”. De hecho, ellos menosprecian este término y en su lugar confían en la expresión “limitaciones y excepciones al derecho de autor.” Esta frase envía el mensaje de que usos absolutamente legales por parte de miembros del público o de los educadores pueden ser considerados como extrañas aberraciones o rarezas divulgadas como una “excepción” o como una idea a posteriori y, por lo tanto, contradictoria del “modo normal y natural” de hacer las cosas. Ellos insinúan que darles derechos a los usuarios podría crear un precedente legal peligroso y que en su lugar los usuarios deberían estar conformes con las “sobras” que benevolentemente les han dado los titulares de derechos.

**Tercero*, los derechos de usuario varían algo a través del Sur global. En países como la India, especialmente cuando se trata del acceso a materiales educacionales, existe al menos algún reconocimiento de que es un país en vías de desarrollo.⁸⁵ En la mayoría de los países de África, los derechos de usuario son generalmente más débiles y menos amplios que en los ricos países industriales del Norte.⁸⁶ Países como Malasia siguen la práctica británica.⁸⁷

**Cuarto*, no puede afirmarse enfáticamente que los limitados derechos de los usuarios hayan sido incluidos en las normas legales del modo que los abogados llaman “demasiado estrecho”. Ni

⁸⁴ ¿Puede ser realmente “justo” que, por ejemplo, una persona ciega en Uganda tenga graves dificultades para tener acceso a materiales de lectura en Braille porque, entre otras razones, convertir un libro impreso al Braille con fines educacionales sin el permiso del titular es una infracción del derecho de autor? Y mientras tener acceso a materiales utilizables es un problema fundamental para las escuelas de deficientes visuales en Uganda, convertir en su totalidad libros impresos al sistema Braille u otro formato accesible, sin una previa autorización no está permitido bajo las disposiciones legales de Uganda (entrevista personal en el 2007 del autor) ¿Cuál es la respuesta de los que apoyan el derecho de autor? La “imparcialidad” hacia los titulares supera al derecho a la educación. Aun, como explica un comentarista, “en el escenario actual del desarrollo tecnológico en el cual el acceso al conocimiento constituye el factor fundamental y decisivo que permite una existencia que respeta la dignidad humana, lo cual es el propósito final de los derechos humanos, el derecho a la educación, no puede ser sometido a ninguna forma de negociación y debe ser considerado como una prioridad absoluta tanto como la abolición de la esclavitud o de la tortura”. E. G. Méndez, “Origin, Concept and Future of Human Rights: Reflections for a New Agenda”, *SUR – International Journal on Human Rights* 1 (2004) Human Rights University Network, 12, citado en Sergio Branco, “Brazilian copyright law and how it restricts the efficiency of the human right to education” (Traducido por Barney Whiteoak), *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos* 6 (2007) (São Paulo), 121-141. Disponible en <http://bit.ly/3AABRI>.

⁸⁵ Lawrence Liang, “Fair dealing and documentary film in India”, in *Copyright and Documentary Film in the Commonwealth: Legal Scholar report from Six Countries*, Programme for Information Justice and Intellectual Property (2009), Washington College of Law, American University, Washington, D.C. USA, 28.

⁸⁶ “Research findings from Africa in relation to WIPO Development Agenda Priorities, Briefing Paper 1”, *African copyright and access to knowledge (ACA2K) Project* (Abril 2009), <http://link.wits.ac.za/papers/ACA2K-WIPO-briefing-execsumm.pdf>. El Reino Unido escribió los códigos del derecho de autor en todas sus colonias africanas, pero con frecuencia descuidó incluir la más mínima disposición sobre el trato justo que sí aparecen en su propia legislación del derecho de autor.

⁸⁷ Ley de derecho de autor de Malasia, 1987, artículo (2) <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=3113>.

tampoco que hayan sido garantizados. Esto significa que, de una parte, casi toda la expansión potencial de los derechos del usuario ha sido bloqueada por una serie de restricciones y omisiones. Se han creado categorías de uso y acceso muy específicos, realmente retorcidos y deformados, pero dentro de los cuales los derechos de usuario que existen, pueden de hecho ser utilizados. Efectivamente, la redacción de tales normas legales recuerda demasiado a lo que se conoce en los Estados Unidos como “manipulación”, un proceso en el cual los límites de los distritos electorales han sido de modo deliberado (y con frecuencia extrañamente) distorsionados para beneficiar a ciertos grupos en detrimento de otros.⁸⁸ Por otra parte, los derechos de los usuarios que se han mantenido durante mucho tiempo, los cuales las personas creen que podrían continuar ejerciendo, están siendo regularmente atacados. En las Filipinas, por ejemplo, existe un proyecto de ley ante su Congreso que podría prohibir de modo eficaz el uso de fotocopiadoras en todas las escuelas y universidades del país.⁸⁹

Dos casos de estudio sobre los derechos de los usuarios

He aquí los resúmenes de dos casos estudiados sobre cómo opera en el campo de la educación este proceso altamente restringido de la primera concesión – y acto seguido restricción- de los derechos de acceso de los usuarios.

1) El primer caso fue tomado de las actuales leyes del derecho de autor en el Reino Unido. Ciertamente el Reino Unido no es un país del Sur global pero es el país que redactó las leyes de derecho de autor en todo el imperio británico y muchas de estas leyes no han cambiado significativamente en los últimos 50 años. Sólo por esta razón la filosofía del derecho de autor predicada y practicada por el gobierno del Reino Unido merece la pena ser estudiada. El Reino Unido está considerado por la OMPI como poseedor de una legislación avanzada o “modelo” del derecho de autor, está considerado como un país que debe servir de modelo a otros del Sur global respecto a cómo deben ellos establecer y operar sistemas de derecho de autor más “maduros” que los que comúnmente existen en sus países.⁹⁰

⁸⁸ “Gerrymandering” en <http://en.wikipedia.org/wiki/Gerrymandering>.

⁸⁹ El proyecto de ley n° 692 del Senado de 2007 se titula “*Una ley declarando la ilegalidad de la reproducción de libros y materiales impresos protegidos a través de fotocopiadoras, máquinas de impresión o medios similares sin el consentimiento por escrito del titular, ya sea el editor o el autor o ambos*”. El consentimiento escrito previo del titular o el autor o de ambos debe ser solicitado antes de fotocopiar cualquier cosa que pueda serlo de un libro protegido o materiales impresos. La Sección 3 establece que “todas las escuelas, universidades y otras instituciones educacionales, que a través de sus funcionarios de mayor nivel permitan la operación de fotocopiar, duplicar o imprimir a máquina dentro de sus locales o dentro de 10 metros a partir de la citada institución educacional, serán conjunta y severamente responsables de la reproducción ilegal de libros protegidos y materiales impresos”. La pena, es una multa o encarcelamiento que va de 1 a 12 años incluyendo “5 años para los empleados del establecimiento”, http://www.senate.gov.ph/lis/bill_res.aspx?congress=14&q=SBN-692 (gracias a Fátima Lasay por esta información).

⁹⁰ Este extenso y bien fundado programa de la OMPI está denominado “asistencia técnica” y “fortalecimiento de las capacidades”. Estas son dos frases que suenan neutrales... a pesar de que la asistencia y asesoramiento dados están lejos de ser neutrales.

El artículo 32 de Ley del Derecho de Autor, Diseños y Patentes de 1988⁹¹ está encabezada “*Cosas hechas con el propósito de instrucción y examen*”. He aquí su texto:

(1) El derecho de autor de una obra literaria, dramática, musical o artística no se infringe por ser copiada en el curso de la enseñanza o preparación para la enseñanza, a condición de que la copia

(a) se haga por una persona que imparte o recibe instrucción,

(b) no esté hecho por medio de un proceso reprográfico, y

(c) esté acompañada de un suficiente reconocimiento, y tenga como condición que la instrucción no tenga ánimo de lucro.

Asumamos ahora que usted es un profesor de literatura en una escuela financiada por el estado situada en Londres o Liverpool, que usted ha encontrado una excelente novela de 300 páginas para usar en una parte específica de su curso y que usted desea que sus 25 estudiantes se lean tres capítulos de este libro, que sumarían unas 30 páginas en total. Hay dos formas de lograr esto, de una forma sensata y que ahorre tiempo o la forma mediante la cual *no* se infrinja el derecho de autor. La forma más sensata sería hacer una copia de las 30 páginas (incluyendo aquella con el título de la novela y reconocimiento de la fuente) y luego imprimir 25 copias. Con una moderna fotocopiadora todo el proceso de imprimir y engrapar las 750 páginas tomaría menos de 20 minutos. ¿Permitiría esto el artículo 32? No, no lo permitiría. Efectivamente, fotocopiar y cualquier otro proceso mecánico de impresión está definido en la Ley del Reino Unido como “proceso reprográfico” y de hecho está prohibido por el artículo 32 (1) (b).

Todavía hay al menos dos formas por las cuales se *podiera* lograr que estos tres capítulos estuvieran al alcance de sus 25 alumnos y *no* violara lo previsto en el artículo 32:

a) Usted podría personalmente mecanografiar las 25 copias (una cada vez) de cada una de las 30 páginas de la novela. Pero usted tendría que utilizar una antigua máquina de escribir manual o eléctrica. Si utiliza una computadora para mecanografiar tendría que usar una impresora para recuperar la copia del disco duro de su computadora y esto significaría emplear el prohibido “proceso reprográfico”.⁹² Y usted no podría primero haber bajado el material de la novela de Internet o de un libro electrónico accesible y luego imprimirla para utilizarla como primera copia o matriz de su maratón de re-mecanografiado. Esto incluiría... bueno, usted sabe la respuesta. De hecho, si el material está colgado en Internet, usted necesitaría tener su máquina de escribir ma-

⁹¹ Disponible en <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=2250249>.

⁹² El uso de papel carbón no está considerado específicamente como sustancia prohibida en la ley, por lo cual puede ser una alternativa que pudiera reducir su carga mecanográfica alrededor de una tercera parte. Otro problema sería ¿Dónde puede comprarse papel carbón hoy día? y ¿cuántas personas de menos de 30 años saben siquiera que el papel carbón existe?

nual o eléctrica junto a la pantalla de su computadora de modo que pudiera leer con un ojo y escribir en la máquina con el otro.

b) Como alternativa, usted podría repartir la novela a cada uno de sus 25 estudiantes, uno tras otro (acuérdesse que no se permite fotocopiar ni imprimir) y cada uno de ellos podría mecanografiar en una máquina manual o eléctrica su *copia personal propia* de las 30 páginas.

Sólo para finalizar: una tercera alternativa posible a fotocopiar, a saber, la contratación de un monje benedictino especializado en la caligrafía, no estaría permitida. Según el artículo 32 (1) (a), la preparación del texto, sea manuscrito o de otra forma, sólo podría estar “*hecha por una persona que va a recibir instrucción*” y esto serviría para descalificar al monje.⁹³

No necesitaríamos siquiera una calculadora para contabilizar cuánta pérdida de tiempo estaría implicada en cumplir la ley⁹⁴. En su lugar sería mucho más provechoso preguntarnos ¿este enfoque británico retrógrado y manipulador tiene algo que enseñarle a los países del Sur global? ¿Pueden ustedes llamar al artículo 32 de la Ley del Derecho de autor del Reino Unido una “limitación o excepción” al derecho de autor? ¿Es esto un “modelo” o una filosofía que vale la pena emular?

2) El segundo caso estudiado involucra a Zimbabwe, otro país en el cual los británicos escribieron la ley original del derecho de autor cuando se llamaba Rhodesia. En la legislación actual del derecho de autor en Zimbabwe, existe un artículo que cubre la categoría *Uso educacional de materiales protegidos*.⁹⁵ Como ocurre en todas las escuelas del mundo, los alumnos de este país sudafricano muchas veces hacen representaciones teatrales de obras o canciones u otros tipos de espectáculos frente a auditorios compuestos por otros estudiantes y sus maestros. Por supuesto, a menudo los padres de los estudiantes quieren asistir, si son invitados; ellos obviamente quieren ver a sus hijos “ser estrellas por una tarde” en el escenario de la escuela rodeados de sus compañeros. Y los hermanos y hermanas, abuelos y otros parientes cercanos también quieren asistir. Pero el problema es este: el material que será usado y representado por los estudiantes puede ser a veces restringido por el derecho de autor. Sin ningún tipo de intervención legislativa la escuela está obligada a pedir permiso al titular del derecho de autor y quizás pagar royalties por una acti-

⁹³ También pudiera existir violación del artículo 32 de la ley del Reino Unido (y una potencial infracción del derecho de autor) si una copia de las 30 páginas se hiciera pública en un sitio web por el profesor. Lo mismo sería verdad si cada uno de los estudiantes recibiera su copia por un fax. En el artículo 36 de la ley del RU está permitida la copia de “fragmentos” sin obtener permiso, definiendo fragmentos como el 1% del total de páginas de una obra publicada. Para una novela de 300 páginas esto significaría que 3 páginas pudieran ser legalmente copiadas pero no las 30 del ejemplo.

⁹⁴ Efectivamente existe otra alternativa, las escuelas y universidades del RU están obligadas a pagar millones de libras anualmente por el pago de licencias por el derecho a copiar materiales educativos. Sin tales licencias estarían infringiendo el derecho de autor y los términos del artículo 32 cientos de veces cada día. Este dinero pagado por copiar se convierte en una fuente de ingresos adicional, fundamentalmente para los editores. Véase “What Happens to the HECA [UK Higher Education Copying Accord] Revenues?” Alan Story, 2000. Seguir el enfoque del RU en África o Asia necesariamente requiere establecer sociedades recaudadoras reprográficas. La más sofisticada de tales organizaciones en África es la Organización Dramática, Artística y Literaria Sudafricana (DALRO). Ella envía la mayoría de los ingresos que recauda dentro de Suráfrica a los titulares del derecho de autor fuera del país. Estos esquemas no pueden ser considerados como excepciones dentro del derecho de autor.

⁹⁵ Ley de Zimbabwe sobre derecho de autor y derechos conexos, 2000, artículo 25, <http://bit.ly/IM3VE>.

vidad educacional con un obvio beneficio social, en este caso representar una obra teatral o concierto musical.⁹⁶ ¿Cuál es la solución legislativa en Zimbabwe? Según la ley del derecho de autor y derechos conexos de Zimbabwe:

*La representación de una obra dramática o musical ante una audiencia consistente en alumnos y profesores de un establecimiento educacional y otras personas relacionadas directamente con las actividades del establecimiento **no** será considerada una presentación pública a los efectos de la infracción del derecho de autor [...]*⁹⁷

Esta palabrería soluciona *uno* de los problemas de los derechos del usuario, tal representación no se considerará “pública”. ¿Pero qué sucede con los padres y tutores de los estudiantes? ¿No están ellos también *conectados con* la escuela a las que *sus propios hijos* asisten? ¿No pueden ellos asistir al concierto si no han pagado los royalties del derecho de autor? Seguro que no, responde la Ley de Zimbabwe. La siguiente sección de la Ley nos informa que:

*[...] una persona no se considera como directamente relacionada con las actividades del establecimiento, a los efectos de esta subsección simplemente porque él o ella sean padres de un alumno...*⁹⁸

La trascendencia de estas dos secciones pudiera no estar muy clara: por razones de “imparcialidad” respecto a los titulares de obras teatrales y composiciones musicales, nosotros no podríamos permitir que los padres asistan gratuitamente a las representaciones de sus propios hijos en la escuela a menos de que ésta sea declarada “representación pública”. Y si es una representación pública entonces debería cobrarse la entrada para poder pagar los royalties del derecho de autor.⁹⁹ ¿Cuál es la conclusión global sobre los derechos de los usuarios? Que los titulares están decididos a asegurar que ellos mantienen bajo un firme control el universo de los derechos de autor y son indudablemente parcos en ceder algún control, cualquiera que éste sea. No permitirán que escape ni un solo dólar Zimbabwense de sus cajas registradoras. Desafortunadamente, pocos gobiernos en el Sur global han desafiado alguna vez este enfoque de la supuesta “imparcialidad” y supuesto trato justo o uso justo.

⁹⁶ Como fue explicado en la respuesta a la pregunta #6, sólo el titular está autorizado a ejecutar una obra en público sin que se conceda una autorización específica.

⁹⁷ Ley de Zimbabwe sobre derecho de autor y derechos conexos 2000, artículo 25 (4), énfasis añadido.

⁹⁸ Ley de Zimbabwe sobre derecho de autor y derechos conexos 2000, artículo 25 (4).

⁹⁹ Podría prohibírsele a los hermanos y hermanas de los alumnos ejecutantes, pero que no pertenecen a la misma escuela, asistir al concierto o la obra teatral si no pagan. Por ello, asimismo lo serían tías, tíos y abuelos. Muchos otros países que fueron una vez parte del imperio británico (por ejemplo Ghana, Kenia, y Suráfrica) tienen casi una idéntica redacción para regir la representación de obras teatrales y música en las escuelas. Esta particular restricción en la ley de Zimbabwe refleja efectivamente que es una copia palabra por palabra de la sección 34 de la ley de derecho de autor, diseños y patentes de 1988 del Reino Unido, véase <http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf>. Rhodesia (ahora Zimbabwe) era parte del imperio británico hasta 1980, esta redacción y muchas restricciones similares han sobrevivido al triunfo de los Zimbabwenses y su independencia hace 30 años.

Respecto a las categorías específicas de derechos de usuarios que legalmente existen, ningún país permite la utilización de obras protegidas a causa de que su uso para propósitos educacionales o médicos no lucrativos podría incuestionablemente cumplir con un más amplio y “justo” interés público. De hecho, no existe ni una justificación de interés público general para el uso de obras protegidas, ni es valedera la defensa de un interés público en los casos de supuestas infracciones del derecho de autor.¹⁰⁰ Tomemos nuevamente el campo de la educación. Probablemente sólo está permitido un rango muy restringido de usos educacionales en la mayoría de los países y muchos otros usos y necesidades educacionales importantes están excluidos. Así es posible que un estudiante pueda fotocopiar legalmente una sección de 15 ó 20 páginas de un libro en una biblioteca universitaria si es para su “estricto uso personal y privado”, como establece una ley africana. En tal situación no es necesaria una autorización previa del titular. Pero si el profesor de los alumnos hace diez fotocopias de la misma sección del libro para facilitarla a sus propios estudiantes para ser utilizadas en su estudio en la misma clase en la misma escuela estatal, tal uso será por lo común declarado como “uso público”, o sea, no es un uso privado y, por lo tanto, no será permitido sin la autorización previa del titular o su representante. También ese uso educacional por un maestro puede requerir con frecuencia un prepago en moneda extranjera por la concesión de la licencia del derecho de autor.¹⁰¹

He aquí algunos ejemplos de derechos de usuario en el campo de la educación y los medios. En algunos países, los bibliotecarios y archiveros pueden copiar libros u otros documentos protegidos con el propósito de preservarlos de un futuro deterioro. Pero hay bibliotecarios en muchos países que no pueden hacerlo.¹⁰² Los críticos cinematográficos pueden normalmente citar las palabras dichas por un actor en la pantalla cuando escriben sus críticas. Pero en otros casos, no está permitido usar tan sólo una parte de una fotografía protegida o una escena de un filme sin obtener el permiso del titular. La lista y las diferencias continúan. De modo significativo *ningún* acuerdo internacional sobre derecho de autor demanda que un país incluya disposiciones en sus leyes nacionales que pudieran garantizar legalmente los derechos de los usuarios o establecer niveles mínimos o tipos de uso.¹⁰³ Por ejemplo, ningún país ha estado obligado a aprobar leyes que aseguren que un periódico de ese país pueda usar palabras de un discurso pronunciado por su

¹⁰⁰ En Sudáfrica, por ejemplo, las enfermeras y religiosas podrían tener que pagar royalties de derecho de autor si quieren distribuir literatura anti SIDA. Véase Alan Story, “Ten Theses on the International Copyright System and the Global South”, *Rebelión* (2007). Disponible en español en <http://www.rebellion.org/docs/53551.pdf>.

¹⁰¹ En la mayoría de las universidades de África resulta difícil encontrar el libro apropiado, o la revista para fotocopiar o escanear. Tengo una amiga que enseña en una universidad de Kenia que viaja a Europa cada cierto tiempo, fotocopia una pequeña maleta llena de publicaciones académicas que encuentra en una biblioteca universitaria de Europa y los lleva a casa para sus estudiantes en Kenia. Sin estas infracciones sus estudiantes no podrían hacer nada.

¹⁰² Artículo 34 (1) de la ley de derecho de autor de Tailandia permite tal actividad de archivología. Las leyes de derecho de autor de Brasil, en comparación, no tienen disposiciones respecto a la copia de documentos con el objetivo de preservar los libros de las bibliotecas.

¹⁰³ Para más sobre el tema leer pregunta y respuesta #12 y #13.

presidente o primer ministro.¹⁰⁴ Pero recuerden siempre, los usuarios que obedezcan sus leyes nacionales en lo que respecta a tales derechos de usuario tienen una defensa total contra cualquier alegato de haber cometido una infracción del derecho de autor. Esto, por supuesto, asume que los usuarios poseen los recursos financieros y legales para preparar una defensa contra tal cargo.

Finalmente, quizás sea innecesario revelar un “pequeño secreto” sobre la utilización de materiales protegidos. Podemos denominarlos derechos informales o extra-legales. Aun si los derechos específicos no han sido legalmente otorgados a los usuarios, casi todos los que están involucrados habitualmente en la utilización de palabras, imágenes y textos están probablemente infringiendo diariamente las leyes del derecho de autor y a veces hasta 10 ó 15 veces en un solo día si se trata de un profesor activo, por citar sólo un ejemplo entre muchos. Algunas veces tales usuarios ignoran la ley, otros hacen caso omiso de ella y pueden hacerlo deliberadamente.¹⁰⁵ Dada la naturaleza restrictiva de las leyes actuales de derecho de autor en el mundo, “violar la ley” en el Sur global es, para ser sincero, una de las principales formas en que puede accederse a los materiales protegidos.¹⁰⁶ De hecho, maestros, escritores e investigadores vinculados con la educación son denominados “transgresores” (o “piratas del derecho de autor” como prefieren calificarlos los titulares) Yo no puedo ni quiero condenarlos, de hecho, muchas personas, incluyéndome a mí mismo, los apoyamos en sus acciones. Por un lado muchos maestros en el Sur (y en el Norte) no tienen posibilidades de utilizar muchas obras que necesitan imperiosamente para la docencia *si no violan el* derecho de autor ¿Y qué es más importante? ¿Perder muchas horas, a veces días o meses, rastreando al titular para tratar de obtener su permiso para copiar un trabajo para que entonces éste le pida pagar las cuotas del royalty, a veces en moneda extranjera, a un editor de Londres? ¿O debería dedicar esa misma cantidad de tiempo en enseñar a leer a los estudiantes? Y por otro lado, esas infracciones técnicas son rara vez detectadas y muy raramente van a los tribunales. Un caso de infracción del derecho de autor que enfrenta en un tribunal a *Random House Inc. NY vs. una escuela para niños ciegos en la India rural* (o Ghana o Bolivia) difícilmente podrá crear una imagen pública favorable para tal editor. Y se echarían a reír de la directora de una escuela rural en Zimbabwe si anunciara repentinamente en diciembre: “ningún padre puede presenciar la obra de Navidad de este año, porque si lo hacen la escuela tendría que pagar una cuota por derecho de autor”.

9) ¿Cuál es la duración del derecho de autor sobre una obra?

¹⁰⁴ Convenio de Berna, artículo 10*bis*. Berna simplemente hace de ese acceso una posibilidad, pero no obliga a ello.

¹⁰⁵ Bibliotecarios que trabajan en más de ocho países del Sur, me han dicho personalmente palabras como estas “si es necesario las copiamos”. Un brasileño me dijo con orgullo que una de sus prioridades principales, después de haber sido contratado, fue comprar dos fotocopadoras para uso de los usuarios de sus bibliotecas.

¹⁰⁶ A través de África “[...] con la excepción de Suráfrica, las infracciones impunes del derecho de autor (en lo que respecta a materiales para el aprendizaje) son el canal principal de acceso al conocimiento”. Véase ACA2K nota al pie 86. El uso aquí de la palabra “impune” resulta algo preocupante. Uno sólo puede esperar que los autores de este informe no estén sugiriendo que tal uso *podiera* ser sancionado.

El tiempo que durará (o subsistirá, para usar el término legal más común) el derecho de autor de una obra no es estándar en todo el mundo. Los diferentes tipos de obras, por ejemplo, libros, películas y programas, tienen con frecuencia, diferentes períodos de duración del derecho de autor. Y el período varía para una misma categoría de obras entre una nación y otra. Por lo tanto, usted necesita mantenerse actualizado de las leyes de derecho de autor de un país para poder averiguar cuál es la duración (o término del derecho de autor) de cada tipo específico de obra en la cual está interesado.¹⁰⁷ Como se analizará después en la sección sobre la normativa internacional, todos los países pertenecientes al Convenio de Berna están obligados a fijar un término mínimo del derecho de autor para muchos tipos de obras que sea igual a “la vida del autor y cincuenta años después de su fallecimiento”.¹⁰⁸ No existe, sin embargo, *un período máximo*.¹⁰⁹ Para muchos tipos de obras (y nuevamente, hay excepciones como podremos ver en el próximo párrafo) no importa al “reloj” de duración, cuándo fue pintado un cuadro o cuándo un mapa fue dibujado, todo lo que importa a los efectos de la duración parte del *año del fallecimiento del autor*.¹¹⁰

He aquí dos ejemplos de cómo funciona el “reloj” de duración del derecho de autor. Primero, esta es la situación en México, un país que posee, en el momento en que este Manual fue escrito (2009),¹¹¹ el término más largo para el derecho de autor que existe en parte alguna del mundo. Si un libro se publica en México en el 2009 cuando su autor tiene 30 años y el autor muere a la edad de 85 años en 2064, el derecho de autor expirará en el 2164. En otras palabras, el término total del derecho de autor totalizará 155 años. Si ese mismo libro fuera publicado en la cercana Venezuela en el 2009 (y los detalles sobre el autor son los mismos), el derecho de autor expirará en el 2124, y el término total sería de 115 años, porque el período de duración es la vida del autor más 60 años. En otras palabras, debido a estos hechos, la duración en ambos países se extenderá hasta bien entrado el próximo siglo.¹¹² Como ya hemos mencionado, el tipo de producto involucrado puede determinar el término del derecho de autor. Para solamente citar tres ejemplos: La programación de computación (software) en Brasil está bajo el control del derecho de autor por un período de 50 años después de su distribución, cuándo muere el programador carece de relevancia.¹¹³ En el mismo país, el término para las películas, videos y fotografías es de 70

¹⁰⁷ Una lista no oficial (y a menudo cambiante) puede encontrarse en Wikipedia.

¹⁰⁸ Convenio de Berna artículo 7 (1).

¹⁰⁹ Véase Convenio de Berna artículo 7 (6).

¹¹⁰ Todavía no he leído un argumento convincente del por qué el año en que el autor muere deba determinar la duración del derecho de autor, es aún más difícil ese caso si el creador ha entregado o sido obligado a entregar su derecho de autor al mismo tiempo que la obra fue creada.

¹¹¹ Costa de Marfil, donde la duración se extiende 99 años posteriores a la muerte del autor gana el segundo premio.

¹¹² Si este mismo autor muere a los 45 años, en vez de a los 85, el término del derecho de autor se reduce 40 años. Esto revela una faceta de la arbitrariedad de las leyes sobre duración del derecho de autor.

¹¹³ Las oportunidades de que un programa de ordenador escrito y distribuido en Brasil (u otra parte) en 2009 pueda resultar de algún valor práctico o comercial en el 2059 son mínimas.

años posteriores a su primera “revelación”. En Sudáfrica, el derecho de autor de las películas, grabaciones de sonido y transmisiones de televisión se mantiene en los cincuenta años posteriores a su primera distribución o salida al aire.

Para determinar el período de duración, no importa si el autor o compositor designado *poseyó alguna vez* el derecho de autor sobre su propia obra. Ni constituye preocupación alguna para quienes redactan las leyes si el autor poseía el derecho de autor al momento de su muerte. Ni siquiera importa si un libro se ha agotado (y por lo tanto no puede ser ya adquirido) o si un CD no está disponible en el mercado durante el término del derecho de autor. En todas estas circunstancias el derecho de autor sobre una obra se mantiene mientras “el reloj” se agota...y puede frecuentemente mantener su tictac por encima de los cien años posteriores a la fecha en que la obra apareció por primera vez. Como resultado de esto, fotocopiar un libro agotado que usted ha encontrado en el fondo de un polvoriento estante de alguna biblioteca, pero que todavía está protegido, puede ser una infracción del derecho de autor. Similarmente, una organización de impedidos visuales no puede producir, sin permiso, una versión en Braille de los libros de México y Venezuela anteriormente mencionados, hasta el 2164 y 2124 respectivamente. Cuando usted se da cuenta que la duración del derecho de autor en la primera Ley sobre el derecho de autor, el Código Británico de Anne de 1710, fue de 14 años posteriores a la publicación de nuevas obras, cuando usted comprende que el mundo se está moviendo un poquitico más rápido en el 2009 de que lo que lo hizo en 1710 (y que pocos artículos protegidos son ya transportados a caballo y circulan algo más rápido hoy día) y cuando usted observa la implacable presión externa sobre los países, fundamentalmente por parte de los conglomerados de medios globales de comunicación, para mantener incrementándose sus términos del derecho de autor, difícilmente podrá sorprendernos que los términos del derecho de autor sean el tema central en la campaña de los críticos del derecho de autor.¹¹⁴ Extender la duración del derecho de autor se convierte simplemente en un plan de protección de las ganancias y está encaminado a hipotecar el futuro. Algunos de estos benefi-

¹¹⁴ Para evaluación crítica en el contexto del Sur global, véase “Extending copyright term extends privatisation”, *The CopySouth Dossier*, (www.copysouth.org) en la pág. 91-95. Para el contexto de EE.UU. (y con muchos argumentos esto puede ser usado fuera de los EE.UU.) véase *Opposing Copyright Extension*, en <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/opposingcopyrightextension/>. Está más allá del ámbito de este breve Manual analizar los efectos más amplios que tal prolongación del período de duración traerían a la vida diaria en el Sur global; en vez de ello, sólo basta mencionar dos ejemplos. En las universidades públicas de Colombia, los profesores de música están disgustados porque es mucho más fácil y más barato encontrar música clásica europea (de los siglos XVII, XVIII e inicios de XIX) para que sus alumnos la utilicen y estudien en vez de la música escrita por compositores colombianos, muchos de los cuales han compuesto música moderna. Esto, a su vez, influye sobre los instrumentos que escogen sus alumnos para estudiar. ¿Cuál es la razón de esta marginalización de la música colombiana dentro de la propia Colombia? Que la mayoría de las obras del repertorio clásico europeo están fuera del derecho de autor y, por lo tanto, listas y libremente disponibles para el uso (gracias a Carolina Botero por ese ejemplo). A la inversa, otro latinoamericano, el profesor de filosofía argentino Horacio Potel quería tener acceso y utilizar las obras traducidas al español del fallecido filósofo francés Jacques Derrida. Después que Potel hizo públicas estas traducciones en un sitio web no lucrativo, fue acusado del delito de infracción del derecho de autor, véase *Argentinean professor charged criminally for promoting access to knowledge* The CopySouth Research Group, March 2009, <http://www.copysouth.org/portal/node/3>.

cios provendrán de generaciones que aún no han nacido y que por lo tanto no están siquiera vivos hoy día para hacer objeciones.¹¹⁵

Una vez que finalmente expire el término del derecho de autor, la obra entrará entonces en el llamado “dominio público”. Al menos en teoría, esto significa que cualquiera en el mundo:

a) Podrá usar o copiar la obra y utilizar, por ejemplo, las tramas y personajes que aparecen en una novela de dominio público para hacer una película;¹¹⁶

b) Podrá cambiar o alterar la obra para cualquier fin que él o ella deseen.¹¹⁷

Con esa expresión de “dominio público”, nadie tiene que pagar por copiar cualquier obra. Ni tiene usted que pedir permiso al titular para hacerlo, pues es ahora en realidad el antiguo titular. No se supone, en otras palabras, que se apliquen las restricciones usuales del derecho de autor sobre una obra. Sin embargo este enfoque sobre el libre acceso no se cumple en todos los países, especialmente en Latinoamérica. En Chile, por ejemplo, las personas que usan obras que han pasado al dominio público deben pagar al público, sin los impuestos, el 1% del precio de venta sobre las copias que van a ser publicadas.¹¹⁸ En Argentina, el material que ha entrado al dominio público no siempre estará disponible gratuitamente.

Al mismo tiempo, existen varias confusiones e incomprendiones acerca del concepto de dominio público. *Primero*, “disponible públicamente” no es lo mismo que “en el dominio público”. Una canción o un libro protegidos puede estar “disponible públicamente” para ser comprado en una tienda o prestarse en una biblioteca, pero sin embargo ninguno estará en el “dominio público” hasta que expire el derecho de autor. *Segundo*, una obra que *nunca* ha sido protegida o *no está* actualmente protegida por el derecho de autor *no es necesariamente* del dominio público y libre para ser usada por cualquiera. Muchos tipos de obras culturales producidas por pueblos indígenas jamás han sido protegidas por el derecho de autor, como hemos explicado ya al principio del Manual. Esto *no* significa ciertamente que estén libres para que cualquiera en el mundo las use como lo desee. *Tercero*, necesitamos valorar qué significan en la práctica las palabras “libre para ser usada por cualquiera en el mundo”. Las obras pueden ser *potencialmente* libres, pero muchas pueden ser usadas sólo si alguien o algún grupo posee los recursos financieros para crear nuevas obras a partir de materiales que son del dominio público y está incluso conectado a una red de

¹¹⁵ En este aspecto es más ventajoso para un editor o compañía grabadora comprar un fondo de títulos de libros o de grabaciones que producir nuevas obras. O utilizar su propio fondo de libros que se mantendrán por décadas dentro del derecho de autor que producir libros electrónicos. Estos fondos son más lucrativos y “contribuyen con un considerable 40% a los ingresos de las más grandes casas editoras”. Mike Godwin, “Egad, Here Come E-Books. Kurt Vonnegut and Other Famous Authors Want Control of the Electronic Rights for their Old Books. And so it Goes” *IP Worldwide* 1 (Julio 2001), *Ejemplar* 7.

¹¹⁶ En algunos países la película puede ser llamada “obra derivada”. Cuando una obra está restringida por el derecho de autor sólo el titular puede hacer una obra derivada.

¹¹⁷ En algunos países los derechos personales del autor pueden mantenerse bajo su gobierno en la situación B. Para esta circunstancia, véase la siguiente Pregunta sobre derechos personales.

¹¹⁸ Claudio Ruiz, “Hacia una dogmática para el acceso en Chile” (2008), <http://bit.ly/4sbh6K>.

distribución. En el caso de las películas, la compañía de Walt Disney, el conglomerado de medios de comunicación de EE.UU., tiene una riqueza tan abundante como para hacer películas muy lucrativas basadas en materiales del dominio público, incluyendo *Veinte mil leguas de viaje submarino*, *Pinocho*, *Cenicienta*, *La bella durmiente*, *La familia Robinson suiza*, *La bella y la bestia*, y *El jorobado de Nuestra Señora*.¹¹⁹ Pocos cineastas en el mundo tienen las mismas oportunidades de producción y redes de distribución.¹²⁰ Igualmente, muchos autores académicos en el Norte tienen a su disposición muchos más recursos para acceder y utilizar materiales del dominio público cuando realizan sus investigaciones si se les compara con sus colegas del Sur. Finalmente, una obra puede ser primeramente protegida y pasar luego al dominio público después de más o menos un siglo, y después ser nuevamente encerrada bajo nuevas restricciones legales durante al menos otro siglo, en otras palabras su “pleno dominio público” es esencialmente ficticio.¹²¹ Los materiales de dominio público pueden también generar ingresos para los editores y los gastos para los usuarios crearán otra barrera de acceso, tal como explicó un comentarista “los más altos márgenes de ganancia en un libro publicado hoy día (en EE.UU.) se derivan de las reimpressiones de los ‘clásicos’ sin derecho de autor”.¹²² La forma en que opera el dominio público no es tan simple ni su valor tan beneficioso como algunos informes unilaterales parecen indicar.

10) ¿Qué son derechos morales o personales (no económicos) en el derecho de autor?

La expresión francesa “droits moraux” se acostumbra traducir al inglés como “derechos morales”. Aunque ésta quizás sea una traducción literal exacta, la frase “derechos morales” puede resultar engañosa. En lugar de ello, este Manual utiliza la frase “derechos personales” o “derechos no económicos”. “Derechos morales” es un término falaz que se usa en muchos lugares del mundo, tanto como una materia teórica legal como una cuestión práctica. ¿En qué estriba el problema principal que existe con la frase “derechos morales”? En verdad estos derechos son derechos legales otorgados por el estado a una persona natural; ellos *no* son derechos basados en una “ley superior”

¹¹⁹ Como es bien conocido en algunos círculos, la compañía de Walt Disney cabildeó exitosamente al gobierno norteamericano a finales de los 90 para extender el término del derecho de autor de EE.UU., cuando el personaje de sus historietas Mickey Mouse estaba cerca de pasar al dominio público. Véase John Solomon, “*Rhapsody in Green*” *The Boston Globe*, 1 Jan. 1999, <http://bit.ly/JWVhD>.

¹²⁰ La Unión Internacional de Cines UCI, una cadena de cines que opera en Brasil y otros lugares fue formada por las corporaciones hollywoodenses Paramount Pictures y Universal Studios. Véase Wikipedia.

¹²¹ Las bases de datos digitales frecuentemente ejecutan esta función, el acceso y uso de sus materiales de dominio público requieren a menudo el pago de honorarios.

¹²² B. Zorina Khan, “Does Copyright Piracy Pay? The effects of US International Copyright Laws on the market for books 1790-1920” *NBER Working Paper* n° W10271 (enero 2004), 30. Los editores pueden reclamar el derecho de autor sobre la tipografía de libros que están libres de derecho de autor lo cual evita copiar legalmente. Un proyecto valioso que brinda libre acceso a más de 30.000 títulos libres de derecho de autor es el Proyecto Gutenberg en http://www.gutenberg.org/wiki/ES_Portada. La mayoría de sus libros están en inglés y relativamente pocos son del Sur global. Son urgentemente necesarios más sitios de acceso ubicados en el Sur. Uno de ellos fue lanzado por el gobierno brasileño en 2004, el Portal Dominio Público, en <http://www.dominiopublico.gov.br/>, que ofrece acceso libre a casi 200.000 libros.

o una virtud derivada directamente de la naturaleza o procedente de una “revelación divina”¹²³. Necesitamos también comprender que el sistema de *copyright* se denomina con frecuencia sistema de “derechos de autor” en la mayoría de los países de Latinoamérica y en partes de África que fueron antes dominadas por los franceses¹²⁴. Esos dos sistemas difieren. En un sistema de derechos de autor, los derechos dados a los autores por el estado incluyen tanto los derechos económicos como los personales, estos últimos llamados “derechos morales” en esos países. “Derechos de autor” es por sí mismo un término engañoso porque los principales beneficiarios de los derechos económicos, que son los más importantes de esos dos derechos y que han llegado a serlo aún más en las décadas recientes, no son los autores sino los titulares de las expresiones protegidas, tales como los conglomerados de medios de comunicación¹²⁵. Esto nos conduce entonces a la primera de algunas preguntas. Si los no-autores, tal como las corporaciones de medios de comunicación o los gigantes del software propietario, son los principales beneficiarios de un sistema de derechos de autor, lo mismo si están situados en Francia o Senegal, ¿no es inexacto llamar “derechos de autor” a tales sistemas o a uno basado en los “derechos morales”? Necesitamos continuar haciendo preguntas y explicando por qué es preferible usar el término “derechos personales”.

Por eso, ¿qué son entonces los derechos personales en el derecho de autor? Ellos son un conjunto de derechos que están otorgados por el estado a los autores *como autores* pero no como *titulares*. A modo de contraste, los titulares del derecho de autor no tienen derechos personales *como titulares*. Esto quiere decir, a los autores pueden reconocérseles varios derechos personales o no económicos sobre una obra aun si ellos no poseen el derecho de autor de esa obra. El autor real es usualmente la persona fundamental que puede o debe ejercitar tales derechos.¹²⁶ Los derechos personales son los derechos de una persona específica y no pueden ser vendidos a otra persona o a una compañía; no son un derecho de propiedad negociable del mismo modo que lo son los derechos económicos del derecho de autor. Y esos no son concedidos en todas partes. En el influyente sistema de derecho de autor de los EE.UU., los derechos personales son realmente

¹²³ Brian Bix, “Natural law theory” en Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Oxford, UK: Blackwell Publishers, 1996), 223. Como este es un Manual sobre los fundamentos del derecho de autor, se omite una discusión más amplia sobre los problemas de concepción de la ley natural y las fuentes de derivación de las leyes.

¹²⁴ Los sistemas no operan igual en todos los países; estas distinciones no se mencionan en este Manual.

¹²⁵ Exactamente como ocurre en los países que operan bajo el a veces llamado enfoque anglosajón o common law (jurisprudencial), el titular de un sistema de derechos de autor debe ser el autor original aunque a menudo no lo es. Por ello el término sistema de derechos de autor, en sí mismo, conlleva una posterior reflexión y cuestionamiento. Por ejemplo, ¿podríamos llamar capitalismo al sistema de derechos de los trabajadores sólo porque: a) algunos trabajadores tienen trabajos; b) los trabajadores tienen algunos derechos bajo el capitalismo; y c) algunos trabajadores, un pequeño porcentaje, tienen buenos ingresos? Difícilmente, el objetivo principal del capitalismo no es dar empleo o derechos o buenos ingresos a los trabajadores. En la misma línea, la producción de mercancías bajo el sistema de derechos de autor capitalista no está fundamentalmente inclinada a compensar a los autores, aun cuando un pequeño porcentaje se beneficia muy generosamente, como también ocurre en un sistema solamente basado en derechos económicos.

¹²⁶ Pero noten la contradicción señalada en el próximo párrafo.

inexistentes.¹²⁷ En el Reino Unido, en algunas circunstancias puede renunciarse a los derechos personales (quiere decir cederlos o no hacerlos valer). Los libros de texto sobre la ley de derecho de autor y algunas legislaciones, pueden establecer que no puede renunciarse a los derechos morales (personales) dentro de un sistema de derechos de autor, pero en la práctica ellos son frecuentemente cedidos por los autores.¹²⁸ Respecto al motivo por el cual fueron establecidos los derechos personales, un artículo aclara que:

...la creación de una obra artística (o alguna creativa), no es simplemente un producto que pueda ser comprado o vendido sino más bien es una directa encarnación de la personalidad del autor, de su identidad y más aún de su 'alma creativa'.¹²⁹

Otro comentarista escribió que cualquier ataque injusto o agresión verbal a la obra de un autor es considerada “tanto como un ataque al autor como una agresión física”.¹³⁰ Sin duda alguna, el enfoque de los derechos personales refuerza la idea de que la creatividad es un puro acto individual del genio creador y no puede estar influido por el contexto social de la creación.¹³¹ Sin embargo algunas investigaciones han demostrado que un número de las más conocidas composiciones atribuidas al gran compositor alemán Ludwig van Beethoven fueron realmente escritas por otros músicos y que él las tomó prestadas.¹³² Y para referirnos a alguno de los muchos ejemplos habituales, la escritura o la re-escritura de artículos de la enciclopedia Wikipedia en-línea desarrolla un proceso de “colaboración en serie” según las palabras de un comentarista. ¿Es posible decir dónde termina la obra individual de una persona y la de otro comienza? ¿Y por qué querríamos que fuera así?

¿Qué tiempo perduran los derechos personales? Por ejemplo, en algunas partes del Sur global, fundamentalmente en países de habla francesa como Costa de Marfil, Senegal y en países de América Latina tales como Venezuela o Ecuador, tales derechos son generalmente perpetuos; en otras palabras, esos derechos son considerados permanentes y nunca expiran, aun después de la muerte del autor. Así, el derecho personal de un autor sobre ciertos usos de una obra protegida puede igualmente continuar aún después de que el derecho de autor haya sido cedido o vendido

¹²⁷ Esta omisión fue pasada por alto en 1989, cuando los EE.UU. se unió al Convenio de Berna. El artículo *6bis* de Berna obliga a que todos los países miembros reconozcan los derechos morales.

¹²⁸ Si se forzara a escoger entre ser grabados (o ser publicados) y renunciar a sus derechos personales, muchos músicos y escritores tomarían la segunda alternativa más allá de las necesidades económicas. Nuevamente, es un asunto de intercambio desigual de poder como muchos autores y músicos me han dicho.

¹²⁹ Robert C. Bird y Lucille M. Ponte, “Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom: Challenges and opportunities under the U.K.’s new performances regulations” *Boston University International Law Journal* 24 (Otoño 2006), 213, 217.

¹³⁰ David Vaver *Copyright Law* (Irwin Law Inc.: Toronto, Canadá, 2000), 158.

¹³¹ Oponiéndose a esta visión aislacionista del proceso creativo, Karl Mannheim explica cómo un individuo “participa pensando después lo que otros hombres (y mujeres) han pensado antes [...]”. Véase *Ideology and utopia: an introduction to the sociology of knowledge* (N. York, USA: Harcourt Brace, 1936), 3. Véase también comentarios diversos en la nota al pie 83.

¹³² Dan Glaister, “Revolutionary theory shows Beethoven ‘pinched’ his famous tunes”, *The Guardian*, May 1996.

por el autor o sea una obra del dominio público. Esta tercera posibilidad obviamente limita el sentido de “lo público” en el dominio público¹³³. El hecho de que un derecho personal en el derecho de autor exista aún después de la muerte de una persona nos conduce a otra contradicción. Los derechos personales mueren cuando una persona muere. Aun en países con un derecho de autor fuerte como Francia (o en los países de África que fueron sus colonias) un obituario de mal gusto en un periódico no puede conducir a un caso por libelo o difamación. ¿Por qué? Porque solo las personas vivas pueden tener derechos personales “vivos”. Esto conduce directamente a la pregunta: ¿Por qué es precisamente *immoral* hacer una película que parodie la obra de un autor que murió hace cien años?¹³⁴ En algunas otras partes del Sur, particularmente aquellas bajo la influencia de la tradición legal británica, los derechos personales pueden existir por un período de tiempo más corto. En Brasil y otras naciones latinoamericanas algunos derechos personales, pero no todos, continúan existiendo aún después de la muerte del autor. Por tanto la situación dista mucho de ser homogénea en el Sur global.

Que tales derechos personales puedan ser ejercidos con efectividad pueden depender en buena medida de los recursos legales y financieros que el autor posea para defender tales derechos¹³⁵. Puede incluso depender de si el autor descubre alguna vez que ha ocurrido un supuesto uso indebido. Este requisito de vigilancia individual sobre posibles violaciones de los derechos personales, tanto como la necesidad de aplicarlos individualmente, debilita a la larga la fuerza de los derechos personales.¹³⁶ Necesitamos darnos cuenta además de que las leyes nacionales del derecho de autor con frecuencia excluyen la protección de los derechos personales de muchos tipos de obras. Los programas de computación son un buen ejemplo de este tipo de exclusión. Las leyes que tratan sobre los derechos personales dentro de la legislación del derecho de autor no permiten con frecuencia que muchos tipos de autores, tales como los que crean sus obras como empleados, adquieran o ejerciten los derechos personales sobre sus obras.¹³⁷ Todas estas circuns-

¹³³ En la era actual el concepto de dominio público comenzó en los EE.UU. donde los derechos personales (morales) substancialmente no existen.

¹³⁴ Una parodia puede ser una violación de los derechos personales de un autor, incluyendo aquellos que han muerto.

¹³⁵ En algunos países el estado tiene la obligación de defender tales derechos personales, incluso después de la muerte de la persona. Pero el problema del poder de intercambio desigual, mencionado en conexión con los derechos económicos en la pregunta y respuesta #5, también existe y da fuerza a los derechos personales.

¹³⁶ Uno de los casos más conocidos y célebres ocurrió en Francia a principios de los 90, cuando la actriz Anjelica Huston, la famosa (y presumiblemente acomodada) hija del director de Hollywood John Huston (fallecido en 1987) detuvo con éxito la exhibición en la televisión francesa de una versión coloreada del film en blanco y negro *The blackboard jungle* hecha por su padre. La versión coloreada, no obstante, fue exhibida en los EE.UU. donde los derechos morales esencialmente no existen. En la tradición de Hollywood, una vez que los derechos de la película se venden, se venden completamente (lo que quiere decir sin derecho personal agregado alguno) y permitir que los hijos de un director de Hollywood bloqueen su exhibición, por un motivo moral o personal, será considerado como obstaculizar la circulación de una mercancía.

¹³⁷ La supuesta moralidad de los derechos personales colapsan aquí cuando se enfrentan a la realidad de las relaciones de empleo capitalista.

tancias ponen en duda la visión todavía generalizada, especialmente por muchos autores, de que el autor es la real, y no meramente retórica, pieza central en la ley del derecho de autor.

El contenido específico de tales derechos personales puede variar de un país a otro y por ello es necesario que ustedes verifiquen sus propias leyes nacionales para obtener más detalles. Los tres derechos más importantes incluyen generalmente:

a) un “derecho de paternidad”, el derecho a ser identificado como el autor de una obra protegida, por ejemplo, que se coloque el nombre del autor en la portada de un libro.

b) un “derecho de publicación”, que da a los autores el derecho a decidir si publica o no su obra. Un autor, por ejemplo, puede desaprobado la forma en que fue editada su obra para la publicación. En algunos países un autor puede incluso retirar un libro de la circulación comercial si no aprueba el modo en que fue editado.¹³⁸ Así y todo, el autor pudiera tener que pagar una compensación por el privilegio de ejercer este particular derecho personal. Esto aumenta aún más la contradicción: si se supone que éste sea un derecho personal ¿por qué tiene usted que pagar por ejercerlo?

c) un “derecho de integridad”, que previene, para utilizar términos legales comunes, “cualquier distorsión, mutilación u otra modificación de la obra citada... u otra acción cualquiera... la cual pueda resultar perjudicial para su honor o reputación”.¹³⁹ Esto pudiera incluir escribir una parodia. A veces el contraste entre los dos sistemas puede ser más crudo. En Brasil, por ejemplo, “el autor tiene el derecho a oponerse a una representación que haya sido suficientemente ensayada”.¹⁴⁰ Mientras algunos autores reconocidos y poderosos en un sistema de derechos de no-autores pueden tener la posibilidad de incluir un término semejante en el contrato para la utilización de su obra en el teatro, obteniendo un derecho general de detener una representación en mitad de los ensayos, en la mayoría de los países de Asia y África influenciados por la tradición del derecho de autor británico. Podría ser visto como que se ha ido demasiado lejos, Y este derecho de integridad tiene sus límites o debiera tenerlos. Esto no impide que un crítico pueda hacer juicios mordaces sobre la calidad artística o literaria de un trabajo, aun si al autor no le guste leer o escuchar tales comentarios negativos. Los derechos personales de un autor pueden entrar en conflicto con otro derecho: la libertad de expresión, que incluye la libertad de parodiar obras actuales protegidas o aquellas en las cuales el derecho de autor ha expirado. ¿A qué conclusión general podemos llegar? Tal y como ha sido sugerido frecuentemente, los sistemas de “derechos de autor” no son muy diferentes de otros sistemas de derecho de autor y las divergencias se van acortando con cada década.

¹³⁸ Esto puede ocurrir bajo las disposiciones colombianas de la ley de derecho de autor.

¹³⁹ Ley de derecho de autor de la India 1957, artículo 57. Tales casos de honestidad son raros en la India.

¹⁴⁰ La ley n° 9610 de Brasil sobre derecho de autor y derechos conexos, artículo 70. Al mismo tiempo los autores que se ganan la reputación de ser innecesariamente críticos pueden descubrir que los grupos que llevan a escena producciones dramáticas se muestran renuentes a utilizar sus obras.

PARTE B
NORMATIVAS INTERNACIONALES
SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Primero, unas breves palabras a modo de introducción a la Parte B

Mientras lee este sumario sobre las normativas internacionales del derecho de autor, debe mantener algunas cosas en su mente:

a) El centro de atención del mismo es casi por completo el Convenio de Berna, que es la más importante convención internacional acerca del derecho de autor. Excepto en una sección, todas las secciones importantes del Convenio de Berna forman parte ahora del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) más conocido como el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994. Sería posible discutir los conceptos principales del derecho de autor internacional refiriéndonos a las principales cláusulas del Acuerdo sobre los ADPIC. Es más fácil, de todos modos, explicar estos conceptos en el contexto del Convenio de Berna porque ésta es su fuente original y porque en cierto modo “la arquitectura del Acuerdo sobre los ADPIC está basada en el Convenio de Berna”.¹⁴¹ Se ha tomado debida nota de algunos de los cambios que el Acuerdo sobre los ADPIC ha hecho a las normativas internacionales del derecho de autor.

b) En algunos lugares del texto que sigue, se utilizan ocasionalmente las palabras “protección mundial” o “global”. Esto no es rigurosamente exacto ya que no todos los países del mundo son miembros del Convenio de Berna. Por ejemplo, unos cuantos países del Sur global, tales como cierto número de pequeñas islas del Pacífico, no pertenecen al Convenio de Berna. Dos populosos países del Medio Oriente, Irán e Irak, tampoco son miembros del Convenio de Berna. Pero la “protección mundial” es una frase socorrida para describir el impacto y alcance del Convenio de Berna, tanto así que en agosto del 2009 un total de 164 países ya eran miembros de ella y la mayoría de los países más importantes del Sur global (así como los más importantes del Norte) eran miembros¹⁴². “Protección global” y “restricciones globales” significan protecciones y restricciones que tienen en cuenta los 164 países miembros de la Unión de Berna.

c) Por razones de espacio y sencillez, sólo analizaremos de modo limitado otros acuerdos internacionales del derecho de autor como es el Tratado de la OMPI de 1996¹⁴³. No se menciona aquí aquél que en una época fue el más importante acuerdo internacional sobre el derecho de autor, la Convención Universal del Derecho de autor de 1952 (Universal Copyright Convention, UCC por sus siglas en inglés)¹⁴⁴.

d) Y presento mis disculpas por la repetición esporádica de algunos conceptos en las diferentes preguntas y respuestas, ya que es posible que no todos los lectores lean el texto completo por lo que he intentado, al menos en parte, lograr que las respuestas a distintas preguntas se sostengan por sí solas.

He aquí los fundamentos de las normativas internacionales del derecho de autor.

¹⁴¹ Haochen Sun, “Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 5 (2007), 265, 275, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1021027.

¹⁴² Para la relación de los países miembros del Convenio de Berna véase <http://bit.ly/4Dddvo>.

¹⁴³ Véase la pregunta y respuesta #1.

¹⁴⁴ La creciente irrelevancia de UCC se está volviendo “totalmente secundaria en el marco internacional actual del derecho de autor”. S. Ricketson y J. Ginsberg, “*International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and beyond*”, (Oxford: Oxford University Press, 2nd edition, 2006), 1203.

11) ¿Cuál es la relación entre las leyes nacionales y las normativas internacionales del derecho de autor?

En un estricto sentido legal no existe algo llamado “ley global del derecho de autor”. Las leyes nacionales sobre el tema, como la Ley del Derecho de autor de Malasia (1987 para citar un ejemplo, son lo que los abogados llaman de “ámbito nacional y territorial”. Esto quiere decir que tales leyes cubren una sola unidad política territorial, usualmente un país autónomo. Cada ley nacional tiene soberanía o jurisdicción sobre esa única unidad política. Así como las leyes sobre violación de Tailandia no tienen impacto vinculante o fuerza legal sobre la vecina Malasia, puede parecer que la Ley del Derecho de autor de Tailandia (o aquellas de otros países) *por sí solas* no tendrían fuerza para regular los asuntos del derecho de autor en Malasia. Más aún, los derechos de autor se crean dentro de un solo territorio nacional y las leyes nacionales del derecho de autor de ese país, sean cuales sean las de Malasia o Tailandia, son absolutas en la mayoría de las circunstancias.¹⁴⁵

De hecho, las leyes nacionales del derecho de autor son sólo en apariencia *absolutas e independientes* respecto a las leyes que existen en otros países y el resto del mundo en general. Las asambleas legislativas y parlamentos operan bajo una estricta coacción legal referente a lo que pueden o no incluir en sus propias leyes nacionales del derecho de autor. Es algo inusual, sin embargo no excepcional, en la legislación internacional. En el caso del derecho de autor, un numeroso grupo de acuerdos, tratados y convenciones establecen normas *vinculantes* o coactivas que ofrecen un marco dentro del cual *todos los gobiernos nacionales deben operar*. Cuando aprueban o enmiendan sus propias leyes para regular el derecho de autor en su propio terreno nacional, los países deben seguir, sin desviarse significativamente, reglas internacionales respecto a los problemas fundamentales, como las que se encuentran en el Convenio de Berna.¹⁴⁶ Para abreviar, la Unión de Berna opera de un modo semejante a un cartel internacional del derecho de autor.¹⁴⁷ Para ser miembro, un país no sólo debe obedecer todas las reglas estrictas enunciadas salvo pocas excepciones, sino también debe es-

¹⁴⁵ Ciberespacio, el espacio digital ocupado por Internet, no es un territorio independiente y auto-gobernado a los efectos de la ley de derecho de autor. El crecimiento de Internet es uno de los factores que han conducido a la creación múltiple de las mismas obras protegidas en diferentes países, este es uno de los nuevos acontecimientos que han socavado la creencia tradicional de que una obra protegida sólo puede ser creada dentro de un solo país. ¿Importa realmente si los escritos de un bloguero están hechos en una computadora ubicada en Tailandia o Malasia? En la ley de derecho de autor, sí importa.

¹⁴⁶ El Convenio de Berna tiene un número de “contenidos centrales o esenciales” que deben ser incluidos en las leyes del derecho de autor de los miembros del Convenio de Berna “[...] sólo estarán en un área marginal, más allá de este ‘contenido esencial’, aquellas diferencias en el nivel de la protección [...] que surjan” y “aun aquí las diferencias deben estar dentro de un ámbito relativamente pequeño” Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, (London: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College & Kluwer, 1987), 206. En otras palabras, las leyes de derecho de autor en todos los países *no son exactamente las mismas*, pero las diferencias entre ellas revisten una importancia mínima.

¹⁴⁷ El Oxford English Dictionary define el cártel como “un acuerdo de asociación entre dos o más casas de negocios para regular la producción, los precios fijos etc. también los negocios pueden combinarse: un trust o un sindicato”.

tablecer sus propias leyes nacionales para que concuerden en propagar la ideología restrictiva del Convenio de Berna sobre el derecho de autor. Esta ideología provee la base legal para un flujo inmenso de ingresos y de poder cultural que discurra hacia los titulares del derecho de autor en el mundo. En el fondo, Berna funciona en el supuesto fundamental de que todos los países y sus ciudadanos poseen en lo esencial los mismos intereses en el derecho de autor.

¿Cuáles son las consecuencias de este estricto régimen internacional y la asociada mentalidad del tipo “cartel” o socio de club? Para ser más claro, ningún país en el mundo está forzado en lo absoluto a unirse al cartel por firmar alguno de esos acuerdos internacionales como el Convenio de Berna. Como se ha dicho, unos pocos países del Sur todavía no se han incorporado y, por lo tanto, no están limitados por sus disposiciones. Todavía, unirse o no al “club” de Berna es realmente una elección bastante vana. Si un país quiere convertirse en miembro de la Organización Mundial de Comercio (con 153 miembros en agosto del 2009) y convertirse en un activo negociador mundial, debe firmar el otro importante acuerdo internacional que regula el derecho de autor: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994 (ADPIC).¹⁴⁸ El Acuerdo sobre los ADPIC, que está administrado por la Organización Mundial de Comercio (OMC), también regula otras formas de derechos de propiedad intelectual. Como una excepción, al asumir el Acuerdo sobre los ADPIC un país se compromete a obrar de acuerdo con los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna y su Apéndice.¹⁴⁹ Estos acuerdos y convenciones globales marcan el “terreno de juego”. Ellos definen *todas* las reglas importantes y establecen los llamados “estándares mínimos” *obligatorios* en las leyes nacionales del derecho de autor, un término que se explicará a continuación en la pregunta y respuesta #12.

Adicionalmente, algunos como el Acuerdo sobre los ADPIC están adquiriendo un efecto cada vez más influyente sobre las condiciones de las leyes nacionales porque, entre otras razones, estos tratados internacionales han exigido a los países modificar –léase “reforzar”– las restricciones del derecho de autor sobre los usuarios. El Acuerdo sobre los ADPIC da nuevos derechos legales y libertades a los titulares del derecho de autor, como son la inclusión de nuevas categorías de obras protegidas/restringidas y nuevas restricciones para los usuarios. Los usuarios del derecho de autor en el mundo no pueden, en comparación, ganar ni un solo nuevo derecho en el Acuerdo sobre los ADPIC. La situación ahora se ha vuelto peor. No satisfechos con su impor-

¹⁴⁸ Puede encontrarse una copia de los Acuerdos sobre los ADPIC en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm. Una visión de conjunto de la OMC de los principales contenidos del Acuerdo sobre los ADPIC está disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#nAgreement. Algunos países tuvieron la alternativa que se les dio de unirse a la OMC. Los EE.UU. han bloqueado la membresía plena de Irán en la OMC por más de veinte veces.

¹⁴⁹ Véase artículo 9 (1) del Acuerdos sobre los ADPIC. Como un resultado fundamental de la presión de EE.UU., los países signatarios del Acuerdos sobre los ADPIC pueden ignorar los derechos morales (no económicos) que aparecen en el artículo *6bis* del Convenio de Berna.

tante victoria en 1994 en la firma del Acuerdo sobre los ADPIC¹⁵⁰, algunos países, dirigidos por los EE.UU y la Unión Europea, han impuesto a otros países nuevas presiones coactivas, particularmente a aquellos del Sur global, para promulgar leyes más estrictas del derecho de autor de las que establecen el Convenio de Berna o el Acuerdo sobre los ADPIC. Esta campaña forma parte de la llamada agenda de los “ADPIC PLUS”; ella está con frecuencia vinculada a la firma de variados “acuerdos de asociación económica” (EPA por sus siglas en inglés) o acuerdos de “libre comercio” (FTA por sus siglas en inglés).¹⁵¹ Por ejemplo, el hecho de que México haya alcanzado el dudoso honor de establecer el período más largo de duración del derecho de autor que cualquier otro país en el mundo se considera un éxito del ADPIC PLUS.¹⁵² El Acuerdo sobre los ADPIC por sí mismo exige a los países que adicionen nuevas leyes de aplicación del derecho de autor a sus normas legales: el hecho de que la infracción de éste sea tratada ahora como un delito penal potencial por todos los países, es también un resultado directo del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁵³ Esos nuevos derechos concedidos a los titulares y las presiones legales relacionadas con ello han tenido un mayor impacto global en la pasada década porque, como veremos en la próxima pregunta, los derechos de autor sobre los productos creados en un país son con frecuencia automáticamente derechos válidos en otros muchos países. ¿La conclusión global? Que la “supuesta independencia” de las leyes nacionales del derecho de autor y su supuesta “flexibilidad” es *en su mayor parte un mito*: el objetivo es una armonización globalizada.¹⁵⁴

12) ¿Como estas normativas internacionales ponen trabas, incluso en el Sur global, a los sistemas nacionales de comunicaciones y de derecho de autor?

Hay tres consecuencias principales del Convenio de Berna para los propios países miembros, para los bienes producidos dentro de ellos, y, por supuesto, para los usuarios.

a) existe una protección mundial automática para la mayoría de las obras protegidas.

b) los titulares extranjeros (no nacionales) del derecho de autor deben recibir el mismo nivel y tipo de protección que los titulares locales (nacionales); el término técnico legal es “trato nacional”.

¹⁵⁰ Como concluyó el Banco Mundial, los Acuerdos sobre los ADPIC que incorporaron mucho de Berna “decididamente cambiaron las reglas mundiales del juego a favor...” de los países ricos. *Global Economic Prospects and the Developing Countries* (New York: World Bank, 2002), 129.

¹⁵¹ Esta unión es hipotética porque, como se expresará brevemente en la Parte B, el sistema de derecho de autor en sí mismo está basado a la vez en el subsidio estatal y el monopolio, no en el supuesto “libre comercio”.

¹⁵² Como se expresa en la próxima pregunta y respuesta, ni los creadores ni los titulares mexicanos del derecho de autor han sido los principales beneficiarios de este honor.

¹⁵³ ADPIC, artículo 61.

¹⁵⁴ Tal como concluye un artículo reciente “la armonización internacional en un ambiente comercial seguro y predecible sirve ante todo a los intereses de los países que exportan el derecho de autor [...]”. Christophe Geiger et al., *Declaration on a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law*, *IIC* 39 (2008), 707, 708.

c) las leyes del derecho de autor en todos los países deben preservar las expresiones protegidas en un nivel superior al de los llamados “estándares mínimos”

Echemos una mirada a estas tres consecuencias, todas las cuales están interrelacionadas y se refuerzan entre sí:

a) Protección automática mundial

Como ya se ha explicado en la Parte A, obtener el derecho de autor de un producto en un país es relativamente fácil. Pero adicionalmente, un producto que obtenga el derecho de autor en un país que sea miembro de la Unión de Berna, adquiere también, en la mayoría de los casos, la protección del derecho de autor en todos los otros países miembros. Esta “extensión” mundial del derecho de autor significa que un poema, obra de teatro o programa de computación escrito en Francia o los Estados Unidos obtienen protección legal en Senegal y Panamá tanto como en su país de origen. El eficaz resultado global es el siguiente: el derecho de autor en un país se convierte en un derecho universal en más de otros 160 países. Y obtienen esta protección sin que el creador o titular haya tenido que tomar acción legal alguna, sin cumplir ningún requisito gubernamental de registro nacional ni extranjero, sin tener que invertir dinero con posterioridad o, de hecho, sin tener que informar a nadie. Y legalmente estas protecciones tipo-propiedad, o reivindicación legal, así como las restricciones para los usuarios, se establecen *inmediata y automáticamente*.

En el caso de los libros, esta reivindicación del titular a un derecho de autor global, también actúa como advertencia sobre infracciones a los usuarios, y puede encontrarse en la página que registra su derecho de autor. Tal notificación aparece frecuentemente en el reverso de la página que contiene el título del libro.¹⁵⁵ Por lo tanto las palabras “Derecho de autor de la Editorial de la Universidad de Duke 1994” que aparece dentro de un libro, informa al lector que a partir de 1994 y durante muchas décadas, este libro está protegido, en adición al país, los EE.UU., donde el derecho de autor se obtuvo por primera vez, en todos los países del Convenio de Berna.¹⁵⁶ Al mismo tiempo, este idéntico aviso informa a todos los lectores que resulta ilegal para cualquiera infringir el derecho de autor de este libro tanto en los EE.UU. como en los otros países de la Unión de Berna. Este dominio legal completo se mantendrá en su lugar por muchas décadas, y a veces por más de un siglo, hasta que su derecho de autor expire.¹⁵⁷

Quizás tome unos pocos minutos poder comprender por completo la potencia del poder global que esta “extensión” geográfica crea. De golpe, establece una capacidad de ingresos

¹⁵⁵ Uno de los cuadros finales de las películas usualmente contiene este aviso.

¹⁵⁶ Duke es una reconocida universidad norteamericana.

¹⁵⁷ Para más información sobre la duración del derecho de autor, véase la pregunta y respuesta #9.

económicos inmensa y un poder cultural también inmenso.¹⁵⁸ Esta extensión es, por ejemplo, el mismo centro de la razón por la cual Bill Gates se convirtió en multi-billonario con el programa de computación Microsoft protegido por el derecho de autor.¹⁵⁹ Los propietarios de los medios de comunicación multi-billonarios en el Sur global también han sido recompensados.¹⁶⁰ Algunos otros derechos legales operan en un modo global similar y estas disposiciones son *indudablemente* la más importante consecuencia mundial del Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y otros acuerdos similares del derecho de autor. Lo que ha sucedido nos exige que pongamos al día la conclusión medular a que arribó Macaulay en 1841 de que el principio fundamental del derecho de autor actúa “como un impuesto a los lectores con el propósito de dar una recompensa a los escritores”.¹⁶¹ Hoy día, 170 años después, el derecho de autor ha devenido en “un impuesto internacional a los lectores (y a los oyentes, los televidentes y los navegantes de Internet) con el propósito *ante todo* de recompensar a los editores (y las multinacionales de películas y de programación)”.¹⁶² Ciertamente pocos otros productos adquieren una cobertura legal protectora de tal alcance mundial de modo tan fácil y a tan bajo, por no decir inexistente, costo. Para comenzar, estos acuerdos hacen que los productos protegidos sean *potencialmente* muy valiosos y muy lucrativos globalmente, en especial los productos digitales como la música, libros y películas que pueden ser distribuidos por Internet a muy bajo costo.¹⁶³ No es materia fácil calcular con precisión los aspectos concretos de cómo muchos países resultan beneficiados con este incremento de la ejecución legal del derecho de autor, pero una conclusión resulta irrefutable: estos países y corpora-

¹⁵⁸ Una discusión sobre este poder cultural mundial va más allá del ámbito de este Manual. He aquí dos sugerencias para una lectura posterior: Ziauddin Sardar y Borin Van Loon, “*Introducing Cultural Studies*” Cambridge UK: Icon Books, 1997 y Herbert Schiller “*Living in the Number One Country*” (Seven Stories Press, New York, 2000). Schiller, un importante teórico de la comunicación de los EE.UU., cita un amplio número de fuentes que tratan a fondo el impacto cultural mundial de los medios de comunicación de los EE.UU. En 1997 (y esto fue aun antes de que el impacto de Internet fuera lo importante que es hoy día), David Rothkopf, un funcionario oficial de la administración de Clinton escribió está entre los intereses económicos y políticos de los EE.UU. asegurar que si el mundo se está moviendo hacia un lenguaje común, este sea el inglés; que si el mundo se está moviendo hacia unos estándares comunes sobre telecomunicaciones, seguridad y calidad, estos sean (norte)americanos; que si el mundo se está vinculando por medio de la televisión, la radio y la música, la programación sea (norte) americana; y que si unos valores comunes están siendo desarrollados, estos sean valores con los cuales los (norte)americanos se sientan cómodos”. David Rothkopf,” In Praise of Cultural Imperialism?” *Foreign Policy*, 107 (Verano 1997), 38-53 Puede encontrarse un sumario de los trabajos importantes de Schiller en Mark Hudson, “Understanding Information Media in the Age of Neoliberalism: the Contributions of Herbert Schiller”, *Progressive Librarian* 16 (Autumn 1999), <http://bit.ly/3arhb>.

¹⁵⁹ Hay otras razones, en adición a la ley internacional del derecho de autor, que explican el dominio mundial de Microsoft en los programas de computación. Los llamados “efectos de la red” son muy importantes también, Véase Alan Story, *Intellectual Property and Computer Software: a Battle of Competing Use and Access Visions for Countries of the South*, Ejemplar #10, International Centre for Trade and Sustainable Development/United Nations Conference on Trade and Sustainable Development, Ginebra (Mayo 2004), http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/CS_Story.pdf.

¹⁶⁰ En Latinoamérica, se incluye entre los beneficiarios a la familia Azcárraga de México, la mayor productora y difusora de medios de comunicación en español en el mundo, al Grupo Cisneros de influencia política en Venezuela, que incluso distribuye productos de entretenimiento a través del mundo, y la familia Marinho, dueños del mayor grupo de medios de comunicación de Brasil.

¹⁶¹ Macaulay hablaba en la Cámara de los Comunes contra un proyecto de ley para aumentar la duración del derecho de autor. Su discurso vale la pena de ser leído en su totalidad en <http://www.chaos.org.uk/~eddy/politics/Macaulay.html>.

¹⁶² No puede negarse que los verdaderos creadores, como músicos y escritores, obtienen algunos beneficios financieros.

¹⁶³ La palabra “potencialmente” es importante aquí porque tales productos pueden ser mundialmente comercializados y vendidos, a pesar de que internet frecuentemente se encarga también de las funciones de difusión y recolección de fondos.

ciones que son los más grandes productores y exportadores de derecho de autor son también los mayores beneficiarios de este sistema unilateral basado ante todo en la circulación en un solo sentido, de Norte a Sur, de bienes culturales y tecnológicos.¹⁶⁴

Esta garantía de protección global automática no está establecida explícitamente en algún lugar del Convenio de Berna. Es, en todo caso, el resultado directo del accionar de los otros dos principios básicos del derecho de autor internacional, denominados trato nacional y derechos mínimos. Debe notarse, para concluir esta sección, que no todo producto protegido que se crea en un país es *necesariamente protegido* en todos los demás países del globo, pero otra vez será más fácil comprender estas excepciones ocasionales cuando veamos los próximos dos temas relacionados.

b) Cómo opera el trato nacional

Esencialmente el concepto legal de trato nacional significa que los titulares del derecho de autor nacionales y no nacionales (en otras palabras, extranjeros) deben ser tratados, a los efectos del derecho de autor *exactamente del mismo modo*. Establecido como un principio cardinal del Convenio de Berna en 1886, el trato nacional se ha mantenido esencialmente invariable desde esa fecha. Muchas veces se le califica como una regla de “no discriminación”. Esto significa, por ejemplo, que las leyes del país A deben tratar a los no nacionales (aquellos del país B) y a las obras protegidas que ellos producen, como si lo hubieran sido por sus propios nacionales (en el país A). En otras palabras, las obras de ambos nacionales (del país A) y extranjeros (del país B) deben ser igualmente protegidas en el país A, bajo la misma base legal y sin ninguna discriminación en contra de aquellos del país B. Diciéndolo de otra forma, un autor y un titular de derecho están protegidos en otro país como si el autor y el titular *realmente fueran* nacionales o ciudadanos del país protector. Así en Ecuador, para tomar un ejemplo, el nivel de protección legal otorgado a una obra protegida perteneciente a un editor ecuatoriano, debe también dársele, *dentro de Ecuador*, a las obras producidas fuera del país, por ejemplo en Bolivia o Canadá. Esto funciona viceversa. Esta misma regla de trato nacional significa que *dentro de Canadá* el gobierno canadiense debe, para los efectos del derecho de autor tratar las obras de un autor canadiense bajo las mismas bases que las obras de un autor de Ecuador. El trato nacional también significa por ejemplo que si un país aumenta la duración de su derecho de autor o añade nuevas categorías de productos que pueden ser protegidos, el derecho de autor de todos los bienes, tanto nacionales como extranjeros, debe ser tratado dentro de sus fronteras del mismo modo no discriminatorio.

¹⁶⁴ La corriente mundial sobre el aumento de los ingresos de los productos protegidos con derecho de autor es un tópico que aún ha sido muy poco investigado.

Las disposiciones sobre el trato nacional crean una de las bases de la protección legal automática de productos amparados por el derecho de autor explicada en la sección anterior. He aquí cómo estos dos elementos de Berna trabajan conjuntamente. Las corporaciones ubicadas en el país B pueden exportar sus productos con derecho de autor al país A y las corporaciones ubicadas en el país A pueden incluso ser dueños de productos protegidos que se vendan dentro de frontera en el país A. Si las leyes del país A establecen que los titulares de una obra son los únicos que pueden permitir la traducción de un trabajo protegido a otro idioma (y el Convenio de Berna requiere que tal privilegio *debe* ser incluido en las leyes de derecho de autor de *todos* los países miembros),¹⁶⁵ las obras producidas en el País B y el País A (o donde quiera en lo que se refiera a esa materia) deben tener la misma protección dentro de las fronteras del País A. Y a causa de las leyes del País B deben incluir también los privilegios de Berna sobre la traducción encontrados en el País A (y en cualquier otro lugar) éste es el resultado final: todas las obras producidas dentro del País A obtienen protección automática contra traducciones no autorizadas no sólo en el País A sino también en el B y en todos los otros 160 y tantos países del Convenio de Berna. Este es otro ejemplo concreto de cómo funciona la protección automática global.

En la superficie, el principio de trato nacional parece justo. Después de todo, ¿quién está a favor de la discriminación en contra de los no nacionales o extranjeros? Pero, de hecho, “diferente” o “trato diferencial” o “trato desigual” es una de las razones implícitas, otras no establecidas, que están detrás de un gran número de decisiones políticas y legislativas que se toman cada día tanto en la legislación nacional como internacional. Por ejemplo, todas las leyes de inmigración están basadas en un trato desigual; los ciudadanos son tratados de modo diferente a los inmigrantes. En otras palabras, definitivamente las leyes de inmigración no son leyes de trato nacional. El sistema progresivo de impuestos (que significa que los de mayores ingresos deben pagar un mayor porcentaje de sus salarios en impuestos que los de bajos salarios) trata el ingreso recibido por un millonario de una forma discriminatoria en comparación al de un pobre o un asalariado promedio. Las regulaciones urbanísticas locales regulan de modo diferente a los vertederos de basura que a los parques. Las personas que son impedidos visuales o ciudadanos de la tercera edad o jubilados pueden obtener el llamado “trato especial”. Efectivamente hacia donde quiera que se mire dentro de la legislación nacional se pueden encontrar numerosos ejemplos de tales “tratos especiales” o... “discriminación”, como frecuentemente se la llama.

¹⁶⁵ Convención de Berna, artículo 8, Derecho de Traducción. Este es un ejemplo del lenguaje confuso que puede encontrarse a veces en la Convención. Este artículo establece “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original”. De hecho, es el titular del derecho de autor en una obra el que puede autorizar su traducción y el autor a veces no es el titular. El autor puede, de todas formas, objetar la calidad de la traducción que se ha hecho, de acuerdo con el código de derechos personales. Véase pregunta y respuesta #10.

¿Cuál es el sentido de todo esto? Cada persona en el mundo que estudia cómo superar la discriminación aprende, o debe aprender, los peligros de tratar personas “distintas” o grupos “distintos” del mismo modo. La Corte Suprema de los EE.UU. definió, en un caso muy conocido, que “algunas veces la discriminación extrema estriba en tratar las cosas diferentes como si fueran exactamente iguales”.¹⁶⁶ Esta es una lección que aquellos que sostienen las virtudes del Convenio de Berna han omitido durante sus estudios, Berna trata globalmente los productos protegidos procedentes de los EE.UU. del mismo modo que aquellos que vienen de Malawi.¹⁶⁷

c) Estableciendo los estándares mínimos obligatorios

El tercer requerimiento principal del Convenio de Berna es que todos los miembros deben establecer y hacer cumplir dentro de sus propias fronteras un amplio número de estándares mínimos del derecho de autor. Hay diferentes estándares mínimos obligatorios en el Convenio de Berna. Ellos contienen lo siguiente: todos los países deben incluir en sus propias leyes la protección del trato nacional.¹⁶⁸ Todos los países deben proteger una amplia variedad de expresiones y productos.¹⁶⁹ Todos los países *no* pueden solicitar que una obra posea los requisitos formales de registro a fin de que se convierta en protegida, la protección debe comenzar desde el mismo momento en que se crea una obra. Todos los países deben asegurar que los autores, en realidad los titulares de obras protegidas, alcancen un número de *derechos exclusivos*, como es el derecho a copiar sus obras y otros derechos afines incluyendo aquellos referidos a traducciones, que acaban de ser mencionados en la sección previa.¹⁷⁰ Los derechos personales o no económicos de los autores, comúnmente llamados “derechos morales” deben ser protegidos también para todos los autores.¹⁷¹ Y todos los países deben establecer un término mínimo de protección del derecho de autor consistente en la vida del autor más 50 años, o un término alternativo de 50 años a partir de

¹⁶⁶ *Jenness v. Fortson*, 403 U.S. 431, 442 (1971).

¹⁶⁷ Evidentemente no debe decirse que los escritores o artistas de Malawi no pueden crear obras excelentes, tengan cuidado, porque aquellos de nosotros que vivimos en el Norte pocas veces tenemos la oportunidad de verlos. Pero cuando el valor estimado total de la industria del derecho de autor en EE.UU. fue de 1.525,11 billones de dólares estadounidenses y esas industrias contribuyeron un estimado del 11,05% del total del PIB de la economía más rica del mundo, la noción de que se ofrece un trato mundial equitativo para los productos de EE.UU. y Malawi, es, bueno, vergonzosa, para decirlo amablemente. Para estas estadísticas véase Stephen E. Siwek, *Copyright Industries in the U.S. Economy: the 2003-2007 Report* (2009), <http://www.iipa.com/pdf/IIPASiwekReport2003-07.pdf>. Algunos han cuestionado la exactitud de estas cifras porque son suministradas por la propia industria del derecho de autor de EE.UU. y ella tiene un interés personal de inflar el valor total de la economía de EE.UU. Pero eso es materia secundaria si se compara con el hecho de que el sistema mundial del derecho de autor no es un sistema de “comercio equitativo” ya que el “comercio equitativo” implicaría una voluntad de comprar – y no sólo vender hasta un nivel abrumador – los productos protegidos.

¹⁶⁸ Convención de Berna, artículo 5.

¹⁶⁹ Véase artículo 2 del Convenio de Berna para una lista completa. Una versión actualizada se explica con mayor detalle en la pregunta y respuesta #2 de este Manual.

¹⁷⁰ Convención de Berna, artículo 9. Aunque la palabra “autor” se use en el Convenio de Berna no es necesario subrayar nuevamente que, en la práctica, es el titular de la obra el que, por sí mismo, ejerce usualmente estos derechos exclusivos. Por lo tanto, los llamados derechos exclusivos de los autores no son, en realidad, exclusivos de ellos.

¹⁷¹ Convención de Berna, artículo 6*bis*. Pero para conocer la importante excepción que ocurre en los EE.UU., véase la pregunta y respuesta #10.

la fecha de su primera publicación o exhibición, por ejemplo, en el caso de un libro o una película respectivamente.¹⁷²

Si estos son algunos ejemplos de los rígidos y obligatorios estándares mínimos legales incluidos en el Convenio de Berna sobre el derecho de autor, el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994 adiciona algunos otros en el campo del derecho de autor. El Acuerdo sobre los ADPIC establece que todos los países protegerán los programas de computación como una obra literaria protegida.¹⁷³ También fueron añadidos nuevos requerimientos para proteger las bases de datos, que regulan el alquiler de programas de computación y películas, y solicitan el estricto cumplimiento de las leyes del derecho de autor.¹⁷⁴ Vistos de conjunto son estos estándares mínimos de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC los que, cuando se unen con el trato nacional, aseguran una protección global automática. Como resultado, los titulares de obras protegidas en el País A pueden estar *totalmente confiados* en que las obras que poseen en el País A estarán legalmente protegidas por las leyes nacionales de todos los otros países, porque todos ellos deben establecer los estándares mínimos que existen en el País A.¹⁷⁵ En realidad entonces, los derechos de titularidad del derecho de autor establecidos en un país se extienden dramáticamente para convertirse en un derecho de titularidad global o, en otras palabras, derechos similares a la propiedad que se pueden hacer cumplir, al menos en teoría, en cualquier parte del mundo. La pregunta y respuesta # 1 explica las importantes diferencias que existen entre la propiedad tangible, como la tierra o un automóvil, y la propiedad protegida intangible. La protección extraterritorial (que es, protección fuera del país A en nuestro ejemplo) es otra diferencia fundamental entre propiedad tangible e intangible.

En la era actual, *es la unión* de estas dos hebras legales, trato nacional y estándares mínimos, los que dan un ímpetu adicional a los países ricos, exportadores de derecho de autor tanto para difundir como para extender la agenda de ADPIC PLUS mencionada anteriormente.¹⁷⁶ Cuando un país como los EE.UU. es capaz de presionar tanto a un país del Sur global como Chile para que haga más severas sus propias leyes de derecho de autor y cree aún mayores estándares que los ya altos estándares mínimos del Convenio de Berna,¹⁷⁷ los EE.UU. están asegurando que el mayor exportador de derecho de autor, concretamente ellos mismos, sea el principal beneficiario. Si ta-

¹⁷² Convención de Berna, artículo 7.

¹⁷³ Acuerdo de los ADPIC, artículo 10 (1).

¹⁷⁴ Acuerdo de los ADPIC, artículos 11-14 y artículos 41-62.

¹⁷⁵ No debe decirse, sin embargo, que todas estas leyes deben ser aplicadas o aplicadas al nivel que los titulares pudieran desear. Para ser exactos, en especial respecto a la situación que prevalece en muchos países del Sur global, esta protección legal es muchas veces más formal que real.

¹⁷⁶ Sólo dos países en el mundo, los EE.UU. y el Reino Unido son netamente exportadores de bienes protegidos con derecho de autor, en el sentido de que son los dos únicos países que exportan, en total, más bienes protegidos con derecho de autor de los que importan. Para una representación gráfica del flujo global de royalties para todo tipo de propiedad intelectual. Véase <http://bit.ly/1jejW>.

¹⁷⁷ Uno de los correctores de este Manual añadió que no son sólo altos los estándares de Berna sino que están también basados en estándares extranjeros o conceptos extraños en muchas partes del mundo, especialmente el Sur global. Yo estoy de acuerdo.

les leyes chilenas nuevas favorecen a los titulares del derecho de autor de Chile o restringen las ganancias para los no chilenos, podrían ser declaradas discriminatorias por ofender los principios del trato nacional. Los titulares del derecho de autor en todas partes deben recibir de la ley un igual *beneficio potencial*; los más poderosos, como son los residentes en países industriales ricos, recibirán los mayores *beneficios reales*. A la inversa, los usuarios de todas partes deberán pagar y algunos tendrán más capacidad de pago que otros. Para abreviar, “incrementar” las leyes del derecho de autor en un lugar a nombre del ADPIC PLUS o para prevenir la piratería, incrementarán los beneficios potenciales de todos los titulares del derecho de autor involucrados en este sistema monopólico subsidiado.¹⁷⁸

Pero para completar el resto de este panorama legal unilateral, existen algunas circunstancias limitadas en las cuales la protección legal automática *no necesariamente existe* en todas partes del mundo. Por ejemplo, la duración de la protección de libros disponibles en México es la vida del autor más 100 años, como ya se ha explicado. Pero este mismo libro mexicano, *en Venezuela*, tendrá un término de derecho de autor consistente en la vida del autor más 60 años porque éstos son los términos del derecho de autor venezolano para su propio territorio. La historia reciente de la protección del derecho de autor –y por lo tanto restricción– de un programa de computación proporciona un ejemplo más revelador. Durante los años ochenta y principios de los noventa, algunos países, como los EE·UU, Japón y el Reino Unido decidieron que los programas de computación podrían ser un producto protegido. Otros países, especialmente en el Sur global, donde estaban (y están) necesitados de programas más baratos, no estuvieron de acuerdo con este enfoque. Así estos países no protegieron explícitamente los programas de ordenador en sus propias leyes nacionales. Y no ignoraban o violaban ley alguna cuando tomaron esa decisión. En ese momento, no había tratado o acuerdo internacional alguno, tal como el Convenio de Berna, que colocara a los programas de computación en la categoría de obra protegida. ¿Cuál fue el resultado? Que mientras los programas de computación se convertían en una mercancía que podía ser protegida en los tres países ricos mencionados y en algunos otros, no estaban necesariamente protegidos en cualquier lugar del mundo. Y como el Convenio de Berna no incluyó los programas de computación en la lista de obras protegidas, las corporaciones, como Microsoft, propietarias de los programas no pudieron, muy a su pesar, tomar acciones legales bajo la ley del derecho de autor contra algunos países del Sur que prefirieron copiar estos programas a desarrollar los

¹⁷⁸ Para una buena discusión sobre este proceso de “incremento” véase Peter Drahos y John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (London: Earthscan, 2002). Para un sumario digital de este importante libro véase <http://www.thecornerhouse.org.uk/item.shtml?x=85821#fn038ref>. No hay espacio en este Manual para desarrollar el argumento del por qué el sistema de derecho de autor es un monopolio subsidiado, sin embargo, no un monopolio absoluto como el sistema de patentes. En relación con este asunto, una serie de argumentos de dos economistas pro-mercado de los EE.UU. puede encontrarse en el libro *Economic and Game Theory: Against Intellectual Monopoly* by Michele Boldrin y David K. Levine. Este libro completo puede bajarse de <http://www.dklevine.com/general/intellectual/againstfinal.htm>.

suyos propios.¹⁷⁹ Esto fue un caso poco frecuente en el cual la protección *no fue automática*, sin embargo, desde 1995, el control del derecho de autor sobre el software ha sido garantizado en todas partes.¹⁸⁰ Esta anterior y relativamente corta ausencia de una protección global a los programas de computación es otra razón por la cual los países que son, tanto sus principales exportadores como de los materiales enviados a través de estos programas, estén tan ansiosos de que todos los países, especialmente aquellos del Sur global, firmen el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT); este tratado se ocupa de la comunicación y la información tecnológica y fija restricciones en el uso de Internet.¹⁸¹

Significativamente (y esto rara vez se menciona) *no* hay un nivel mínimo de derechos de usuario que los países estén obligados a establecer dentro de sus propias fronteras. Mientras los países poseen la opción de crear algunos derechos para los usuarios muy limitados y particulares, *no existen exigencias* que los obliguen a hacerlo.¹⁸² El lenguaje típico del Convenio de Berna es el siguiente “es un asunto para la legislación de los países de la Unión el determinar [...]”. Dar a los usuarios algún derecho, cualquiera que éste sea, es un asunto discrecional, con la excepción de algunos actos permitidos que se mencionan más abajo. Es una omisión bastante abierta dentro de los acuerdos mundiales que rigen el derecho de autor...y es parte del objetivo más amplio de establecer un “candado” global para los productos protegidos que se menciona en la Parte A.¹⁸³

Sin duda, este abrir y cerrar “candados” en busca del efectivo de una caja registradora o de la cuota del peaje, funciona de modo diferente en las distintas partes del mundo. Todavía se mantiene una diferencia entre lo que sucede en los países ricos industrializados en comparación con la mayoría de los países del Sur global. Veamos la situación en Finlandia. En 2002, su Corte Suprema determinó que los 9,500 chóferes de taxi en este país nórdico deberían pagar royalties por la música que tocan en los radios de sus autos o en sus sistemas de sonido.¹⁸⁴ En Finlandia y otros muchos países, este pago de royalty deben hacerse sobre casi toda la música que se ejecuta en público y esta Corte determinó que la parte de atrás de un taxi debe considerarse un espacio “público”.¹⁸⁵ ¿Alguien puede suponer el horror que representa que los pasajeros de un taxi pue-

¹⁷⁹ En vez de ello, en el caso de los EE.UU., comenzaron a aplicar sanciones comerciales contra otros productos hechos en esos países.

¹⁸⁰ Nuevamente, véase artículo 10 (1) del Acuerdo de los ADPIC que hace de la protección del derecho de autor sobre el programa de ordenador un nuevo estándar mínimo para todos los miembros de la OMC.

¹⁸¹ Hasta la fecha, menos del 50% de los miembros del Convenio de Berna y de la OMC han firmado el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996. <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>. Para más sobre este tratado, véase pregunta y respuesta #17.

¹⁸² Para más sobre el tema, véase pregunta y respuesta #16.

¹⁸³ Véase pregunta y respuesta #6.

¹⁸⁴ “Finnish cabbies charged for music”, *BBC News*, 2 dic. 2002, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/2542291.stm>.

¹⁸⁵ “La mayoría de los taxis ponen música, por ello estamos esperando recaudar tanto como taxis existen”, dijo un vocero de la Sociedad Finesa del Derecho de Autor, Teosto. *Ibid.* La misma organización del derecho de autor ha cabildeado a favor de nuevas leyes en ese país que obliguen a los jardines infantiles a pagar mensualmente royalties para que los maestros y niños puedan cantar legalmente canciones protegidas. “Finnish Music Industry Wants Kin-

dan escuchar música sin pagar por ella?¹⁸⁶ Al menos en el momento actual, ni los gobiernos ni los colectores de derecho de autor en el Sur han ido tan lejos. Y podemos presumir que los chóferes de taxi en Ciudad del Cabo o Caracas no mirarían con amabilidad que se tomara tal medida. Todavía muchos países en el Sur global tienen en vigor legislaciones para poder detener la ejecución de música a no ser que se pague un precio por ello. Las playas de Brasil y Venezuela, por ejemplo, casi compiten con sus festivales musicales los fines de semana cuando los altavoces atruenan con los últimos hits y los clásicos de favoritos latinoamericanos. La mayoría de las personas que viven en estos países asumen, equivocadamente, que ejecutar música por altavoces en público es un derecho del usuario. De hecho las leyes brasileñas ilegalizan esta práctica¹⁸⁷ y si en algún momento se hacen forzosas, uno puede predecir la reacción en contra que se producirá.¹⁸⁸

**13) ¿Existe algún nivel máximo de protección que los países están autorizados a establecer para los productos con derecho de autor?
¿Hay algunas exclusiones obligatorias al derecho de autor?**

Si uno de los objetivos principales del Convenio de Berna es crear un “piso” global en alza perpetua de los estándares *mínimos* para beneficio de los titulares del derecho de autor, ¿Qué se dice acerca de los *máximos* estándares? ¿Está permitido que los países posean individualmente tantas leyes restrictivas del derecho de autor como desean? Para estas dos preguntas el Convenio de Berna resulta clara y sincera: el cielo es realmente el límite. Elogiada con frecuencia por su supuesto enfoque “equilibrado” y razonable, la Convención establece en el artículo 19:

Las disposiciones del presente Convenio no impedirán reivindicar la aplicación de disposiciones más amplias que hayan sido dictadas por la legislación de alguno de los países de la Unión.

dergartens to Pay for Singing”, <http://forum.grasscity.com/pandoras-box/14371-finnish-music-industry-wants-kindergartens-pay-singing.html>. Como dijo un vocero de la organización “los royalties deben pagarse por todas las obras que se ejecuten fuera de las casas particulares”.

¹⁸⁶ En este caso, es el chofer el que paga y luego, probablemente, añade el costo de la licencia anual a la tarifa. Extrapolando la opinión del ex Ministro de Cultura de Brasil, Gilberto Gil, un músico que ha regresado a la interpretación, el bloguero Julian Dibbel describe el propósito de este “candado” global del derecho de autor: “Para Gil, ‘los fundamentalistas del control absoluto de la propiedad’, corporaciones y gobiernos, cierran el paso a las promesas del mundo digital acerca de la democracia cultural y aun del crecimiento económico. Ellos prometen en su lugar una sociedad donde cada fragmento de información pueda ser cerrada, cualquier uso de información (justo o no) debe ser autorizada y cada consumidor de información es un arrendatario que le suplica al amo le permita tanto como acceder a su propio disco duro o radio del auto”. Julian Dibbel, “We Pledge Allegiance to the Penguin”, *Wired*, Ejemplar 12.11 (nov. 2004), <http://www.wired.com/wired/archive/12.11/linux.html>.

¹⁸⁷ Véase ley del Brasil sobre el derecho de autor, artículo 29.

¹⁸⁸ Un funcionario de ECAD, la sociedad recaudadora de música del Brasil, me dijo en una entrevista en septiembre 2009 que las personas que toquen música en cualquier tipo de sistema de sonido en las playas brasileñas, serán obligados a pagar royalties y si la ECAD pudiera, detendría esta actividad “ilegal”. Preguntándole si tal paso no sería un ataque a una práctica diaria brasileña, que podemos decir forma parte de su cultura y forma de vida, él se rió de la pregunta y no hizo caso.

Estas palabras y frases no pueden ser más claras, no se incluyen “sies” “ies” o “peros”. Y el texto de Berna no menciona otros intereses o valores sociales /económicos/políticos que puedan actuar como un posible contrapeso legal en el otorgamiento de protecciones aún mayores.¹⁸⁹

Hay muchas consecuencias de esta negativa a establecer algún máximo, algunas de las cuales pueden ser y frecuentemente son “distorsiones comerciales”. Esta distorsión es algo que la primera oración del Preámbulo de los Acuerdo sobre los ADPIC expresa que supuestamente trata de reducir.¹⁹⁰ El hecho de que los EE.UU. exporten muchas veces más productos con derecho de autor de los que importa, siendo las películas de Hollywood y el software propietario sus dos principales ejemplos, es una obvia distorsión comercial y difícilmente será un ejemplo de comercio justo.¹⁹¹ Un país en particular que establezca una nueva forma de comunicación impulsada por la tecnología, lo cual no se menciona actualmente en el texto de Berna, no puede tampoco ser restringido por Berna por crear un monopolio global de su uso. Como ya se ha mencionado, un término de derecho de autor de la vida del autor más 500 años, podría ser perfectamente legal si un país decidiera tomar ese tipo de acción. Algunos países parece que están realizando movimientos en esta dirección... y sin duda parece que intentan ir aún más lejos. A finales del 2007 el gobierno de Egipto, actuando con el loable propósito de proteger sus valiosos artefactos culturales, anunció que estaba considerando la idea de dictar una nueva ley que protegiera con el derecho de autor sus famosas pirámides y otras antigüedades.¹⁹² Una ley de ese tipo extendería la duración de derecho de autor a la vida del autor más al menos 4,500 años. Es un incremento en tiempo bastante considerable, pero el artículo 19 del Convenio de Berna puede, quizás asombrosamente, permitir que se apruebe tal ley egipcia.¹⁹³

Como para cualquier exclusión o exención *obligatoria* del derecho de autor, el Convenio de Berna resulta breve y parco en su redacción. El Convenio no permite dar protección de derecho de autor a “las noticias del día” o los simples “hechos misceláneos” que pueden aparecer en los medios de comunicación.¹⁹⁴ Aun otras formas de expresión pueden, al menos en teoría, ser objeto

¹⁸⁹ El preámbulo del Convenio de Berna establece que la convención tiene un solo propósito “el deseo de proteger, de la manera más efectiva y uniforme posible, los derechos de los autores en sus obras artísticas y literarias [...]”. El artículo 1 también establece que esa es la única función de esa Convención.

¹⁹⁰ “Deseos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo [...]”, Preámbulo a los Acuerdos ADPIC.

¹⁹¹ Cuando visité Nairobi, Kenia, en enero del 2007, no pude encontrar siquiera un solo film keniano, y aún menos un film hecho por africanos, que estuviera exhibiéndose en alguno de sus cines.

¹⁹² Rory McCarthy, “Egypt to copyright the pyramids and antiquities” *The Guardian*, 27 dic. 2007, <http://bit.ly/43a6AY>.

¹⁹³ Dar fuerza a tal ley fuera de Egipto sería difícil, por sólo suponer lo mínimo. Una intención expresa de tal ley sería prevenir la explotación comercial de la figura de la pirámide en otros países, como en los EE.UU. Como establecer una duración del derecho de autor de la vida del autor más 4.500 años estaría por encima de los requerimientos mínimos de los estándares del Convenio de Berna, esa ley sólo podría hacerse cumplir en otros países, como en los EE.UU., si esos otros países tuvieran también un término del derecho de autor de la vida del autor más 4.500 años (para proteger las pirámides). Un paso como este parece improbable. Existiría, además, el problema de identificar quién fue el autor de las pirámides.

¹⁹⁴ Convención de Berna, artículo 2 (8).

de protección en el marco de Berna. Los titulares del derecho de autor regularmente respaldan este enfoque. La revista de la Asociación de Editores Musicales del Reino Unido, una asociación comercial británica de titulares de derecho de autor musical, ha escrito que “el derecho de autor es fuerte si es exclusivo y sólo hay tan pocas excepciones como sea posible”.¹⁹⁵ En el mismo artículo, Stephen Navin, su ejecutivo principal, añade “las excepciones debilitan el derecho de autor”. Año por año el piso de los estándares mínimos de Berna se eleva más cerca del techo, salvo que no hay otro techo para el derecho de autor fuera de las “noticias del día” o los “hechos misceláneos.”

14) ¿Está permitido que una nación haga modificaciones (las llamadas “reservas” en la normativa internacional) sobre el modo en que el Convenio de Berna se aplicará en su propio territorio?

En muchos acuerdos y protocolos internacionales, se permite a los países hacer ciertas modificaciones sobre el modo en que un texto legal será o no específicamente aplicado en su propio territorio. Esta decisión puede tomarse antes de firmar. Un país puede decidir, por ejemplo, que ciertas cláusulas de un acuerdo en particular no son aplicables dentro de sus fronteras o que pueden dañar sus intereses. Numerosas convenciones de derechos humanos, tanto de carácter internacional como regional, y muchos acuerdos medioambientales, permiten a los países esta libertad de “formular reservas” sobre asuntos especiales cuando firman tales acuerdos.¹⁹⁶ En el caso del derecho de autor, un país al decidir si desea firmar el Convenio de Berna puede tener también ciertas preocupaciones o reservas sobre cómo todas y cada unas de las frases del total de sus 38 artículos, operarán en favor de sus mejores intereses nacionales en su propio territorio nacional. Por ejemplo, un país pobre del Sur global puede desear tales modificaciones porque, entre dos razones posibles, se encuentra en un escalón diferente de desarrollo al de los países ricos o tiene necesidades específicas que son diversas a las del “promedio” global. En Irán, que no es signatario de Berna, los bienes producidos dentro del país pueden ser protegidos, pero no aquellos que proceden del exterior de Irán. Esto quiere decir que un software propietario no iraní es distribuido gratuitamente o a un bajo costo y que los estudiantes de las universidades iraníes dependen de libros de texto traducidos que no han sido autorizados por las editoriales extranjeras.¹⁹⁷ Irán, en otras palabras, está siguiendo la misma política de no reconocimiento de los derechos de autor extranjeros que los EE.UU. siguieron en 1800s, cuando eran también un país en desarrollo y ne-

¹⁹⁵ British government to review IP law, *Impact 2* (2008), 4, <http://bit.ly/KkdTO>.

¹⁹⁶ Sin embargo, tales “libertades” no pueden contradecir por completo el espíritu o el propósito de un tratado.

¹⁹⁷ Véase John Carroll, “Intellectual Property Rights in the Middle East: a Cultural Perspective”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 11 (2001), 555 y Derecho de autor en Irán, en [Wikipedia](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_autor_en_Ir%C3%A1n).

cesitaban enormemente libros extranjeros (principalmente británicos).¹⁹⁸ Irán puede incluso mantener sus leyes actuales de duración que señalan que el derecho de autor expira 30 años después de la muerte del autor, y no el mínimo de 50 años que requiere Berna.

¿Permite el Convenio de Berna tales modificaciones o “reservas”¹⁹⁹, como se les llama en el derecho internacional? La respuesta es no, excepto en una pequeña minoría de puntos derivados de rarezas históricas.²⁰⁰ A un país que firma y acepta el Convenio de Berna no se le permite, en el momento de firmar, excluir o modificar la aplicación de cualquier disposición de Berna dentro de su propio territorio. Ni le está permitido a un país hacer exclusiones o excepciones a Berna después que ha firmado. En otras palabras, no se permite ninguna advertencia y un país no posee la capacidad de reservar o retener derechos, ni decidir que algunos derechos pudieran o no aplicarse de acuerdo a sus necesidades o criterios particulares. Esta restricción clave subraya nuevamente la naturaleza inflexible del Convenio de Berna como un acuerdo internacional vinculante y revela cómo actúa en armonía con otras reglas de la OMC que buscan aniquilar la autonomía estatal y “tienen como objetivo aniquilar gradualmente las prerrogativas y derechos de los estados”.²⁰¹

15) ¿Qué sucede si un país decide que otro país ha violado las normas del Convenio de Berna?

La respuesta #7 de la Parte A explica cómo se hace cumplir el derecho de autor en un solo país. Asumiendo que una obra ha sido producida en un país en particular y que una supuesta infracción del derecho de autor ha ocurrido en el propio país y asumiendo, también, que tanto el titular del derecho de autor como el supuesto infractor son residentes de ese mismo país, un tribunal civil de éste podrá hacer lo siguiente: convocar a ambas partes, escuchar la evidencia, decidir los aspectos en conflicto y si ha ocurrido una infracción imponer algún tipo de sanción al perdedor. En un caso penal sobre el derecho de autor, el estado puede actuar como fiscal. En ambos

¹⁹⁸ “Desde 1791 hasta 1891, no hubo protección federal disponible para las obras de autores extranjeros que habían sido publicados por primera vez fuera de los EE.UU., una situación que llevó a los EE.UU. a ser definidos como “la costa berberisca de la literatura” y sus ciudadanos como “bucaneros de libros” (se omite la cita). La razón de la falta de protección para los autores foráneos era pragmática: durante el primer siglo de nuestras leyes de derecho de autor, los EE.UU. eran una considerable red de importadores de obras, principalmente de libros ingleses. Permitiendo que los editores de EE.UU. “desnatasen la crema” de los libros ingleses sin que tuvieran una obligación de pagar royalties, estas ediciones económicas de los mejores libros ingleses estuvieron listas y a disposición del público americano”. William Patry, “The United States and International copyright Law: from Berne to Eldred”, *Houston Law Review* 40 (2003), 749,749. En su obra académica, B. Zorina Khan ha calculado los beneficios económicos de esta piratería de libros en el crecimiento de la economía de EE.UU. durante este período. Véase Khan nota al pie 122.

¹⁹⁹ Una reserva es una declaración formal hecha por un estado cuando se une a un tratado, una declaración que actúa como límite o modificación del efecto del mismo cuando se aplique en el estado que hizo la reserva. Catherine Logan Piper, *Reservations to Multilateral Treaties: the Goal of Universality*”, *Iowa Law Review* 71 (1985) 295, 298.

²⁰⁰ Estas rarezas se remontan a más de 80 años, y sólo se ha permitido que hoy día continúen en el Convenio de Berna porque previamente se había permitido su existencia. Una vez que los derechos de propiedad se crean, quitarlos es extremadamente difícil y, en el caso de estas rarezas, no vale la pena el esfuerzo.

²⁰¹ Samir Amin, *Beyond Liberal Globalization: a Better or Worse World?*” *Monthly Review*, Diciembre 2006.

tipos de casos, el proceso legal a seguir es relativamente sencillo, pero sí es algunas veces largo y costoso.

La situación es mucho más complicada si la infracción ocurre en el País A, (o en Internet), el titular del derecho vive en el País B, donde fue originalmente otorgado el derecho, y el supuesto infractor es un residente del País C. Esto eleva el número de cuestiones sobre jurisdicción legal lo que está más allá del pretendido alcance de este Manual elemental. Pero el derecho de autor puede ser aún más complicado si el gobierno del país A o alguno de sus residentes, tales como los usuarios del derecho de autor del País A, consideran que el gobierno del país B ha quebrantado las normas o tratados internacionales del derecho de autor. Por ejemplo, nuevas normas en el país B pueden resultar discriminatorias contra los ciudadanos del país A (o las leyes del país B pueden ser muy restrictivas al derecho de los usuarios que viven no sólo en el país B sino en otro de los países miembros del Convenio de Berna) ¿Puede hacerse algo? Pueden reírse de un grupo de ciudadanos o incluso de un tribunal del país A si envían una carta formal de emplazamiento al Presidente de Francia (el jefe de estado del país B en nuestro ejemplo) en la cual se diga:

Por este medio se le ordena comparecer el día catorce de marzo del 2010 en la Cuarta Sala del Tribunal principal de nuestra capital para responder a la queja de que la ley francesa del derecho de autor de 1234 ha violado los artículos XYZ del Convenio de Berna y ha tenido consecuencias desfavorables para nuestros derechos como usuarios del derecho de autor.

En términos sencillos, la normativa internacional no obra de esta manera; en ella los ciudadanos no son generalmente considerados como actores.

Pero los países sí. Dado que los productos protegidos son transportables y se puede comunicar con el mundo de modo tan simple y tan rápido, y dada la creciente importancia económica del derecho de autor, nosotros podemos ciertamente esperar que las disputas *país vs. país* se hagan más frecuentes en los próximos años. En el pasado, una de las quejas más usuales de los titulares y países exportadores del derecho de autor era que las disposiciones del Convenio de Berna no podían hacerse cumplir ni contra otro país, ni contra compañías o residentes de ese otro país. La situación cambió radicalmente en 1995. Las principales secciones del Convenio de Berna han venido a formar parte ahora del Acuerdo sobre los ADPIC, y como el Acuerdo sobre los ADPIC está administrado por la OMC, las disputas sobre el significado y operatividad del Acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo los temas del derecho de autor, están considerados como asuntos comerciales. En 1995, la recién creada OMC estableció un proceso de solución de diferencias para tratar de resolver tales conflictos sobre materias comerciales. El primer paso del proceso es que se solicita a los dos países que discutan sobre su conflicto y traten de resolver sus desacuerdos a través de una mediación. Si no pueden, entonces la OMC establece un panel de expertos para sostener

una audiencia, considerar los argumentos de ambas partes y emitir un fallo, el que puede ser apelado. Usualmente la decisión del panel de expertos se convierte en la decisión final y vinculante. Como resultado de tales decisiones, los países pueden ser obligados a cambiar sus leyes.²⁰²

Entre 1995, cuando este proceso fue establecido por la OMC, y el 2008, hubo un total de tres conflictos ADPIC sobre derecho de autor que condujeron a la decisión vinculante del panel de la OMC. Ningún país del Sur global estuvo involucrado en alguno de ellos. Por esto nuestra pregunta es la siguiente: ¿puede este nuevo proceso de la OMC ser de alguna ayuda a los usuarios en el Sur global o incluso a países que pueden buscar cómo aumentar y consolidar legalmente los derechos de los usuarios? El proceso de la OMC sobre disputas no lo ha logrado después de 14 años y la oportunidad de éxito futuro parece efectivamente remota ¿Por qué? *Primero*, sólo los gobiernos pueden impugnar las leyes de otros países en la OMC. Ellos son las únicas partes que pueden iniciar el proceso de solución de la disputa; las organizaciones nacionales e internacionales de músicos, bibliotecarios o lectores o las ONG no pueden hacerlo. *Segundo*, sería extremadamente difícil para un grupo de usuarios del derecho de autor o bibliotecarios establecidos en el Sur global (o en el Norte para tal asunto) convencer a sus propios gobiernos de hacer una queja formal a la OMC sobre una ley extranjera del derecho de autor particularmente restrictiva, sin importar cuán opresiva sea ésta. En las actuales “guerras del derecho de autor” a nivel global que están detonando hoy día en varias partes del mundo, la mayoría de los gobiernos nacionales “dan oído” a los titulares del derecho de autor y a las corporaciones, no a los usuarios. *Tercero*, llevar adelante una reclamación hasta la OMC es extraordinariamente costoso y requiere peritos legales experimentados en las leyes del derecho de autor y del comercio internacional. A excepción de algunos expertos con sede en los países “principales” del Sur como Brasil, India y China, esta pericia legal es comúnmente escasa o inexistente en la mayoría de los países del Sur global. Nosotros no menospreciamos a los juristas que residen en Lusaka, Manila o Quito, pero ellos incuestionablemente tendrían problemas para hacer valer los derechos del usuario en un caso en que enfrentaran un equipo de “los mejores y más brillantes” abogados sobre la propiedad intelectual de las firmas legales de Wall Street y New York, que representan al gobierno de EE.UU. (Adicionalmente y como se ha dicho en algún lugar de la parte B, el Convenio de Berna es indudablemente un texto legal anti-derecho de usuario y ofrece una base exigua sobre la cual construir un caso exitoso en beneficio de los usuarios). *Cuarto*, lanzar un desafío del derecho de usuario contra cualquiera de los países más poderosos del mundo en derechos de autor corre el riesgo de que desencadene una disputa comercial más amplia y genere sutiles y no tan sutiles amenazas de sanciones comerciales de represalia contra otros sectores de la economía de un país. Los EE.UU. en

²⁰² Para la explicación por la Organización Mundial de Comercio de este proceso, véase Understanding the WTO: Settling Disputes: a unique contribution” en http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm.

particular, tienen una larga historia en el uso de esas tácticas comerciales coercitivas.²⁰³ Un reto legal, digamos, por Brasil o India, contra las prácticas restrictivas del monopolio Microsoft con sede en EE.UU. no marcharía del todo bien por los corredores del Congreso de los EE.UU. en Washington. *Quinto y último*, aun si se superaran todos estos obstáculos, la descorazonadora verdad es que el Convenio de Berna, como está redactado en la actualidad, ofrece una muy pequeña flexibilidad y ámbito para un cambio significativo en las próximas décadas.²⁰⁴ Aun el más comprensivo y “creativo” entre los paneles de disputas de la OMC (y son exiguas las posibilidades de que la OMC nombrara alguno así) tendría gran dificultad en aumentar significativamente el alcance de los derechos de acceso. Con Berna, simplemente hay *muy poco* con que puedan trabajar los abogados e interpretarla creativamente en beneficio de los usuarios.²⁰⁵ Para que los usuarios se beneficien, el Convenio de Berna debería, de hecho, ser reescrito completamente. Y mientras un David a veces triunfa sobre un Goliath en los tribunales, Cuba, la pequeña nación del Caribe no se hubiera sostenido durante 50 años contra el Goliath de EE.UU. -a 90 millas de sus costas- si se hubiera confiado en una organización como la OMC (o su predecesor el GATT) para que la ayudara a desafiar el castigo manifiestamente ilegal de un *bloqueo comercial* de 47 años. En suma, la OMC no es un aliado de los usuarios en el Sur global o en cualquier sitio.

16) ¿Existe una equivalencia en la normativa internacional para los derechos de los usuarios garantizados en las leyes nacionales?²⁰⁶

La única cláusula respecto a los derechos de usuario en el Convenio de Berna se encuentra en el artículo 9 (2). Nuevamente, los requerimientos para incluir algún derecho de usuario cualquiera que sea, en una ley nacional dada, es *puramente discrecional*, y no permite que algún derecho de usuario, de cualquier clase, de un país dado, pueda ser legal dentro del marco de Berna.²⁰⁷ La única pequeña excepción es un requisito que todos los países deben dar a los usuarios: el derecho de “uso libre” de citas, ya accesibles al público, pero aún así existen ciertas restricciones para tal uso.²⁰⁸ No hay en *lo absoluto* excepciones establecidas u obligatorias para los derechos de usuario en los casos de obras musicales o artísticas, programas de computación, base de datos u otro tipo de obra.

Asumiendo, sin embargo, que todos los países desean permitir algún conjunto más amplio de derechos de usuario que este uso libre de citas sobrantes, el Convenio nos proporciona una sola oración encontrada en el artículo 9 (2). Se supone que esta oración ofrezca una guía a los

²⁰³ Véase, por ejemplo, Drahos y Braithwaite notas al pie 178, Capítulo seis “*The Bilaterals*”.

²⁰⁴ Para las posibilidades de cambiar Berna, véase pregunta y respuesta #18

²⁰⁵ Como nos recordó el escritor satírico irlandés Jonathan Swift (1667-1745) “Usted no puede hacer una bolsa de seda a partir de una oreja de cerdo”.

²⁰⁶ Estos derechos domésticos se subrayan en la pregunta y respuesta #8.

²⁰⁷ No está contra las normas de Berna, como se ha explicado anteriormente, tener unas leyes de derechos de usuario más débiles que otros países, aun cuando el resultado sea una distorsión del mercado.

²⁰⁸ Convención de Berna artículo 10 (1).

miembros de la Unión de Berna sobre si algún derecho de usuario ya existente o propuesto en sus leyes nacionales está permitido o si no, si se extiende muy lejos dentro del exclusivo territorio de los titulares del derecho de autor. Esta oración, rotulada como el “test de los tres pasos de Berna” establece que los países pueden promulgar leyes nacionales que permitan la reproducción por no- titulares de obras protegidas

(1) *en ciertos casos especiales a condición de que tal reproducción*

(2) *no entre en conflicto con la explotación normal del trabajo, y*

(3) *no cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.*²⁰⁹

¿Qué significa exactamente esta oración multicapa? Realmente, no está del todo claro lo que significa en la práctica. El sentido de todas las normas, sean nacionales o internacionales, comienzan a aclararse cuando las disputas sobre su significado surgen en el día-a-día de la práctica en materia legal. Para solucionar tales diferencias, debe ser convocado algún tipo de tribunal o corte para interpretar el sentido preciso en el cual tales palabras deben ser entendidas por ambas partes. Las decisiones de tal tribunal son estudiadas, a su vez, más estrechamente por otras partes interesadas que quieren comprender el sentido de una oración o artículo en particular. Basado en este conocimiento, ellos pueden después descifrar el modo de encaminar sus futuras actividades. Hasta la fecha, sólo se ha producido una sola decisión legal en la historia legislativa internacional que haya interpretado lo que las palabras de la “prueba de los tres pasos” significan. . Ese fue el informe de un panel de expertos de la OMC circulado en el 2000 que resolvió una disputa entre la Unión Europea y los EE.UU. sobre el pago de compensación por la ejecución de música grabada en operaciones comerciales, tales como bares y restaurantes en los EE.UU.²¹⁰

Como este caso nos da la única interpretación oficial sobre qué significa la prueba de tres pasos, sería temerario pensar que esta decisión pueda darnos la última palabra de la OMC sobre este asunto. Efectivamente, el significado legal de esta oración puede cambiar en los años venideros como resultado de los conflictos futuros y los futuros informes del panel de expertos de la OMC. Como este Manual proporciona simplemente una visión de conjunto sobre la ley internacional del derecho de autor, omitiré, tanto un análisis en profundidad del punto de vista asumido en este único caso, como emprender una discusión más amplia sobre la prueba de los tres pasos en líneas generales. De todos modos, pueden lograrse tres conclusiones algo generales. *Primero*, cualquier derecho de usuario creado por gobiernos nacionales, tal como el derecho de utilizar materiales protegidos en las escuelas, deben despejar exitosamente *todos* los tres pasos u obstáculos que se encuentran en la prueba. *Segundo*, las tres frases claves en la prueba de tres pasos son las

²⁰⁹ En el texto actual del artículo 9 (2) no hay secciones numeradas.

²¹⁰ Informe del panel de expertos de la OMC, EE.UU. – Sección 110 (5) de la ley de derecho de autor de los EE:UU, WT/DS160R (junio 15, 2000).

siguientes “ciertos casos especiales”, “explotación normal” y “no perjuicios injustificados”. ¿Cuán especial” debe ser una situación antes de que los usuarios puedan obtener ciertos derechos? ¿Qué es “normal” y dónde en el mundo puede encontrarse una “explotación normal”? Frecuentemente compartir obras protegidas es una “explotación normal” en muchas partes del mundo. Y ¿sería considerado “perjuicio injustificado” que multimillonarios como la autora británica J.K. Rowling conocida por la fama de Harry Potter, o el grupo mediático Cisneros de Venezuela, no recibieran los royalties íntegros por el uso de sus novelas o sus telenovelas en otros países? *Terreiro*, y esto nos recordará probablemente la visión predominante de los futuros paneles de expertos de la OMC, a menos que haya una gran conmoción en las relaciones internacionales del derecho de autor: cualquier excepción al derecho de autor debe ser “claramente definida” y “estrecha en su ámbito y alcance”,²¹¹ tal como concluyó el informe del panel de expertos de la OMC del 2000. Esto significa tan restringido como sea posible o “estrechamente entallado”. Utilizando la prueba de tres pasos es improbable que se obtengan resultados significativos. En su lugar, el mismo “primer paso” y el más importante, para despejar de algún modo considerable el derecho de usuario, sería comenzar a reducir el dominio completo de las relaciones de propiedad privada sobre la creatividad y conocimiento del mundo, que tanto el Acuerdo sobre los ADPIC como el Convenio de Berna representan. Solamente con una fugaz retirada ocasional, los derechos de los titulares del derecho de autor han continuado incluso elevándose desde que el Código Británico de Anne fue promulgado hace 300 años en 1710. ¿Será el próximo año un año como para celebrar con un cake tricentenario?

17) ¿Cómo restringen los tratados internacionales del derecho de autor la actividad en el ciberespacio?

Hasta ahora este Manual ha examinado fundamentalmente las leyes que controlan los productos protegidos “tradicionales”, como los libros impresos, los CDs y las películas. En otras palabras, se ha concentrado en la situación de la era pre-Internet. Esta era, no podemos olvidarlo, todavía sigue siendo la norma en muchas partes del Sur global. En el Reino Unido por ejemplo el 79,8% de la población tiene acceso a Internet en comparación con sólo el 5,4% en Namibia y muchos países de África tienen un porcentaje aún menor.²¹² Hasta ahora, el rápido incremento mundial del número de computadoras en los últimos 15 años, las posibilidades de comunicación que ha abierto la digitalización y la difusión de Internet han creado “nuevos desafíos” para la doc-

²¹¹ Ibid. Sección 6.112. A menos que sea cambiado radicalmente, el derecho de autor internacional probablemente seguirá el mismo enfoque restrictivo de los derechos del usuario que tienen las leyes nacionales y que están explicados en la pregunta y respuesta #7.

²¹² Estas son las estadísticas de 30 de junio 2009 que aparecen en Internet World Stats-Usage and Population Statistics, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

trina tradicional del derecho de autor, dicho así para utilizar el lenguaje en apariencia neutral de los documentos políticos. Nosotros quizás hayamos olvidado que Internet y la Red Mundial Global (W.W.W) fueron creadas como instrumentos para compartir mundialmente el conocimiento y para la colaboración. Pero los intereses corporativos del derecho de autor comprendieron pronto que Internet podía también convertirse en una herramienta, en unos casos la herramienta fundamental, para la publicidad, venta y distribución de sus productos protegidos.²¹³

¿Podría la doctrina tradicional del derecho de autor continuar protegiendo sus intereses en esta nueva era de Internet? Ellos decidieron que no. Su solución: bajo la bandera de la OMPI, convocaron primero en 1996 una conferencia en Ginebra, Suiza, la que un experto legal estadounidense llamó “una conferencia “internacional” para un problema “americano” y celebrada cuando “el mundo bailaba al son de una melodía americana”.²¹⁴ Y entonces redactaron dos nuevos tratados internacionales, comúnmente llamados los Tratados de Internet de la OMPI.²¹⁵ Este Manual examina brevemente las principales disposiciones de uno de ellos, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT)²¹⁶. En este momento (septiembre 2009), 70 países han firmado este tratado, incluyendo más de 40 pertenecientes al Sur global. Muchos países en el Sur han firmado como consecuencia de los acuerdos de libre comercio con los EE.UU. y otros se han unido “voluntariamente”. En muchos de los países de África que firmaron, menos del 2% de la población tiene siquiera acceso a Internet.²¹⁷

²¹³ Quizás no necesitamos que se nos recuerde que “la internacionalización de internet ha tenido un apreciable impacto en el comercio mundial y la ley internacional, ya que los negocios de internet han creado una nueva plaza de mercado para bienes y servicios. Marcas globalmente reconocidas como EBay, Google y Amazon, junto con los populares sitios Web 2.0 tal como MySpace y Facebook no sólo han suministrado las plataformas transnacionales para el intercambio de productos e información, sino también han fortalecido el enorme crecimiento de la publicidad en la red”. Paul Przemyslaw Polanski, “Chapter 10 The internalization of Internet Law” *IUS Gentium* 2 (2008) 191.

²¹⁴ David Nimmer, “Time and Space”, *IDEA* 38 (1998) 501, 509 y 508. Este artículo, que no tiene el abierto chovinismo de EE.UU. (como se encuentra en los comentarios de David Rothkopf, nota al pie 158), apunta que “en adición a ser el rey del derecho de autor, los EE.UU. se han convertido virtualmente en el “hogar” de Internet (el dominio de EE.UU. sobre Internet ha de *alguna forma* disminuido desde 1996). Nimmer, un respetable académico de EE.UU. sobre derecho de autor que asistió a la convención de Ginebra, escribió además que en esta “una nación, un voto” Conferencia de Ginebra “La participación de EE.UU. fue masiva” y “de hecho, dentro de la industria de la telecomunicación casi todas las voces emanaban de América” y que el “modo de vida americano” predominó absolutamente. Id. páginas 508 y 510.

²¹⁵ La administración Clinton en los EE.UU. inició “el debate sobre el derecho de autor e Internet” con su Informe de 1995 *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*. <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>.

²¹⁶ El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) está disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html; el otro tratado, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), puede encontrarse en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html.

²¹⁷ Para aprovechar las estadísticas que maneja Internet acerca de tres signatarios africanos del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor: sólo un total del 1,8% de las personas en Benin en la actualidad usan internet. Tanto en Mali como Burkina Faso, la cifra es de 0,9%. Esas y otras estadísticas africanas sobre el uso pueden encontrarse en <http://www.intenetworkworldstats.com/stats1.htm#africa>. Es seguro concluir que al menos el 95% del tráfico de internet visto por personas de esos países fueron generados en el extranjero y son propiedad extranjera. Como ha escrito el escritor y comentarista uruguayo Eduardo Galeano, “los países pobres han puesto su corazón, su alma y su sombrero dentro de un concurso mundial de buen comportamiento para ver quién ofrece el más irrisorio de los salarios mínimos y la mayor libertad para envenenar el ambiente. Los países compiten furiosamente para seducir a las grandes compañías multinacionales [...]”, a lo cual podemos agregar, ofreciéndoles el máximo posible de defensa de sus productos protegidos en internet.

El Preámbulo de este Tratado establece que las partes contratantes reconocen

El profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas.

¿Es quizás un indicio de que el Convenio de Berna de 1886 ha rebasado su fecha de caducidad? Pero cualquier esperanza de que quizás las cosas estuvieran avanzando se frustró rápidamente cuando otro Preámbulo concluyó que el Convenio de Berna refleja ya

un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

Y su verdadero objetivo se hace aún más claro cuando en la primera sección del primer artículo del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor se establece que

El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna [...]

El artículo 20 del Convenio de Berna, como puede que recuerden de la Introducción a este Manual, otorga a los miembros de Berna autoridad *sólo para incrementar*, pero no para disminuir en forma alguna, los derechos de los titulares del derecho de autor.²¹⁸ Y así hemos retrocedido exactamente hasta el mismo viejo territorio del Convenio de Berna; este Tratado de Internet de 1996 solamente lleva el ascensor de 1886 un piso más arriba para el siglo XXI.²¹⁹

El Preámbulo más importante establece que los países reconocen

La necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

Cumpliendo los propósitos básicos de la ley de derecho de autor, concretamente, impedir que las personas hagan cosas,²²⁰ el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor impone dos nuevas reglas principales a los países, y a su vez, a los usuarios:

1) Los países deben proporcionar “protección jurídica adecuada” que detendrá a las personas que traten de evitar o evadir o de otra manera descubrir otro camino para eludir lo que se co-

Upside Down: a Primer for the Looking Glass World (New York: Picador, 1998), 174. Brasil e India son dos de los más importantes países en el Sur global que no han firmado, pero China lo hizo en 2007.

²¹⁸ Para la redacción del artículo 20, véase nota al pie 6.

²¹⁹ Igual que sucede con el Convenio de Berna, no se permite a ningún país hacer reservas bajo el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) (véase pregunta y respuesta #14) y cualquier cambio en su redacción requiere del consentimiento de *todos* los países signatarios (véase la próxima pregunta y respuesta).

²²⁰ Véase Vaver nota al pie 8.

noce como medidas tecnológicas de protección (MTP)²²¹, (TPM por sus siglas en inglés); este término será explicado en un minuto.

2) Los países deben proporcionar “recursos jurídicos efectivos” contra cualquier persona que deliberadamente trate de suprimir o interferir o inhabilitar tales medidas tecnológicas de protección.²²²

Las MTP son llamadas muchas veces dispositivos anti-elusivos, porque intentan impedir que las personas eludan las restricciones del derecho de autor, son elementos técnicos o dispositivos insertados en los productos digitalizados (y protegidos). O un mismo sistema puede haber sido diseñado teniendo en mente un similar propósito anti-elusivo. Las MTP intentan impedir que un producto sea usado en una forma en la que el titular no desea que usted lo utilice, sobre todo que no pueda compartirlo con otras personas o cambiar el formato de un modo a otro para su propio uso personal. Las MTP pueden actuar incluso como un instrumento de vigilancia contra los usuarios, como un dispositivo recolector de evidencias para utilizarlo en un proceso posterior, y pueden incluso inutilizar el producto o fijar un lapso de tiempo en el que solamente sea posible acceder a ese producto. Cuando “su tiempo expira” el producto, como puede ser un archivo musical, no puede seguirse ejecutando por más tiempo. Y los consumidores pueden no haber sido advertidos de que el producto que han comprado contiene tales MTP. Algunos ejemplos de MTP incluyen marcas de agua digitales, dispositivos codificados “rootkits” *, códigos regionales de DVD, criptografías, y un amplio rango de otros sistemas y dispositivos.²²³

La historia de las MTP es insegura, por decir lo menos posible. Muchas han sido “descifradas” por los *hackers* y rápidamente se han vuelto obsoletas. Algunas compañías musicales han lanzado con gran fanfarria en Europa y Norteamérica productos codificados con MTP y luego han tenido que retirarlos como resultado de la resistencia de los consumidores. De hecho, no ser un sistema con MTP es frecuentemente un elemento para su venta hoy en día. Más importante para nuestros objetivos en este punto, las MTP, con esa filosofía general de abrir y cerrar, evitan con frecuencia que los usuarios ejerciten un amplio rango de derechos que son permitidos y completamente legales. Por ejemplo, los sistemas propietarios de libros electrónicos no le permi-

²²¹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, artículo 11: Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas.

²²² Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, artículo 12: Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos. Es incluso un delito distribuir productos protegidos por derecho de autor en los cuales las MTP hayan sido removidos o importar equipamiento anti MTP.

²²³ La configuración de las MTP están cambiando regularmente y cuáles son legales o ilegales depende obviamente de las leyes particulares dentro de su propio país. Una guía típica, admitida en Europa se llama “Guía del consumidor hacia DRM en 10 idiomas europeos”, y puede encontrarse en <http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=ConsumerGuide>.

***N. de la T.** La definición más aceptada pero no literal es “*encubridor*”. Se llama así al juego de herramientas que ocultan la actividad del *cracker*, (intruso que viola la seguridad de un sistema informático). El *cracker* a diferencia del *hacker* se introduce para su beneficio personal o hacer daño. El rootkit oculta el inicio de su actividad por lo que puede interceptar datos, comandar acciones o extraer funciones. Algunos consideran que, no es en sí un virus sino un software malintencionado.

ten a usted compartir siquiera una simple oración de un texto con un amigo. Para abreviar, las MTP por sí mismas, no respetan las leyes del derecho de autor. Y en muchas partes del Sur donde todavía menos del 5% de la población tiene acceso a Internet, ello es totalmente irrelevante y protege casi exclusivamente a los productos extranjeros. En su momento, por supuesto, probablemente esto cambiará.

18) ¿Pueden estos acuerdos internacionales del derecho de autor, como el Convenio de Berna, ser corregidos o modificados?

Los acuerdos y tratados legales internacionales en distintas disciplinas, cuya variedad incluye desde las leyes sobre derecho marítimo o las que se refieren al cambio climático, hasta aquellas que regulan los derechos humanos, son regularmente modificados y sustituidos para ajustarse a los requerimientos de los nuevos tiempos y a las nuevas relaciones que surgen. Más exactamente, tales cambios reflejan diferentes relaciones mundiales de poder. Las leyes no están cinceladas en piedra, las leyes están hechas por personas y por países. Por lo tanto, pueden deshacerse o cambiarse si las viejas leyes existentes no satisfacen ya las necesidades de la población mundial.

¿Qué posibilidades hay de cambiar el Convenio de Berna, especialmente sus cláusulas restrictivas que dañan al Sur global y a su población, especialmente cuando el uso e intercambio del conocimiento ha cambiado radicalmente desde cuando se redactó el Convenio de Berna en 1886? Aunque el Convenio de Berna no es el único en este aspecto, sus disposiciones esenciales inalterables hacen difícil, si no casi imposible, cualquier cambio en su redacción. La principal barrera legal que impide la reforma de Berna es que cualquier enmienda o cambio en su redacción requiere el consentimiento *de cada país miembro en particular*. No es sorprendente entonces que el status quo, la “vieja manera de hacer las cosas” y los intereses prevalecientes del capital corporativo del derecho de autor habitualmente triunfen. En comparación, nuevos o enmendados “anexos” (adiciones) al bien conocido Protocolo de Kyoto de 1998 en el marco de la Convención de las Naciones Unidas para el Cambio Climático requieren sólo de “una mayoría de las tres cuartas partes presentes y votantes en la reunión”.²²⁴

La historia de Berna muestra cuán difícil es alcanzar cambios positivos para los usuarios. Entre 1886 y 1971, fueron celebradas seis conferencias de revisión del Convenio de Berna en 1896, 1908, 1914, 1928, 1948 y 1967. Cada una de las primeras cinco sesiones incrementaron, por lo general, el poder de los titulares del derecho de autor y ciertamente no proporcionaron ningún derecho nuevo de significación para los usuarios, incluyendo aquellos que residen en el Sur. De hecho, realmente no hubo una oposición concentrada de los países del Sur global en ninguna de

²²⁴ Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1998, artículo 21 (4).

estas cinco conferencias, sólo un puñado de ellos eran miembros de la Unión de Berna antes de 1950. La sexta conferencia se reunió en Estocolmo en el momento cumbre de la lucha contra el colonialismo y cuando muchos nuevos países independientes en Asia y África acababan de llegar al “escenario” internacional del derecho de autor. Un número significativo de los delegados del Tercer Mundo, con los de la India jugando un papel protagónico, no apoyaron los principales supuestos y estipulaciones del sistema internacional del derecho de autor existente, porque, francamente, no servía a sus propias necesidades. De hecho, un comentarista escribió que en los años 60 estalló “una crisis en el derecho de autor internacional”.²²⁵ La sesión de Estocolmo de 1967 dio algunos pasos tentativos hacia una mayor justicia internacional del derecho de autor respecto al Sur global. Para esa fecha, los países del Sur habían comenzado a hablar con una sola voz, en su mayoría, de oposición. Pero cuatro años más tarde en París, cuando era el momento de introducir aquellas aparentes ganancias de Estocolmo 1967 en un Convenio de Berna redactado de nuevo, los titulares del derecho de autor y los países ricos defendieron los “sagrados principios” del derecho de autor y se aseguraron de que no fuera hecha alguna corrección importante. Desde los 70 hasta el período actual, los tratados manejados en secreto, la carencia de democracia, el “músculo” y pericia organizativa de los países ricos, tanto como los gestos conciliatorios y capitulaciones decisivas de algunos países sureños, todos han tendido a asegurar que los intereses de las corporaciones multinacionales de titulares del derecho de autor hayan ganado en 99 de cada 100 ocasiones, la serie de sesiones de negociación sobre comercio internacional y propiedad intelectual convocadas por ambas, la OMC y la OMPI. Este proceso unilateral ha sido documentado en diferentes libros.²²⁶

No se han hecho revisiones al Convenio de Berna excepto unas pequeñas modificaciones que se incluyeron en 1971.²²⁷ La mayoría de sus principios básicos, excepto la creación de nuevos derechos para titulares y el aumento de categorías adicionales a la lista de “obras protegidas”, han permanecido de la misma forma desde que el Convenio de Berna se creara en 1886. Para los pueblos y países del Sur global

*Berna opera como una reliquia colonial inamovible con sede occidental, en la cual ellos no juegan ningún papel y que les fue impuesta desde una época remota sin haberles consultado.*²²⁸

²²⁵ Charles Johnson, “The Origins of the Stockholm Protocol”, *Bulletin of the Copyright Society of U.S.A.* 18 (1971) 91.

²²⁶ Véase, por ejemplo, Fatoumata Jawara y Eileen Kwa, *Behind the Scenes at the WTO: the real world of international trade negotiations* (London: Zed Books, 2003).

²²⁷ El Apéndice de la Convención de Berna, añadido en 1971 y denominado “Disposiciones Especiales relativas a los países en desarrollo” ha resultado casi un completo fracaso, pues pocos países han hecho uso de sus limitadas posibilidades de acceso a los materiales protegidos.

²²⁸ Alan Story, “Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must be Repealed”, *Houston Law Review* 40 (2003), 763, 768, http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/40-3_pdf/storyg3r.pdf.

En 1853, mucho tiempo antes de que se creara el Convenio de Berna y cuando los propios EE.UU. eran un país en desarrollo, el comentarista estadounidense Henry Charles Carey concluyó:

Lo que es llamado libre comercio fija su mira en el mantenimiento del monopolio extranjero para abastecernos de tela y hierro y el derecho de autor internacional busca continuar el monopolio que Bretaña ha poseído por largo tiempo de suministrarnos libros, y ambas se inclinan a la centralización.²²⁹

²²⁹ Henry Charles Carey, *Letters on international copyright* (New York: Hurd & Houghton, 1868), disponible en <http://www.gutenberg.org/etext/14295>. Citado por Denis Borges Barbosa, “TRIPs from a Brazilian Perspective”, 30 mayo 2008, disponible en <http://denisbarbosa.addr.com/georgia%20state.pdf>.

Mientras miramos hacia atrás y hacia adelante en la historia del derecho de autor,
escuchemos finalmente dos voces latinoamericanas:

La justicia es como una serpiente, solamente muerde a los descalzos

Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador, asesinado en 1980

***Somos tan pequeños como el miedo que sentimos
y tan grandes como el enemigo que escogemos***

El “álter ego” del Subcomandante Marcos, dos Zapatistas mexicanos

Citados por Eduardo Galeano en

Patas Arriba: la escuela del mundo al revés (México: Siglo XXI, 1998)