

# Derechos de Autor 2.0

**Dr. Oscar Jaramillo C.**

Disney abandona la lucha en contra de la piratería. Esa pareciera ser la lectura, después que la presidenta de Disney anunciara a mediados de octubre de 2006, que el gigante multimedia incorporará la piratería dentro de sus estrategias de marketing.

Sin embargo, la medida va mucho más allá del dicho “si no puedes contra ellos, úneteles”. Es el claro reflejo de una enconada batalla entre los derechos de autor, la piratería y la cultura del código libre, que puede tener insospechadas consecuencias, incluso, sobre la actividad científica. Basta con preguntarse que sucederá en el campo de la biología en los próximos años si sigue con la tendencia actual de registrar con derechos de autor el genoma humano.

¿Deberán los científicos pagar derechos de autor para investigar sobre un gen específico? Tal como lo afirma Lessig, si en la actualidad se inventara el automóvil, los únicos que podrían circular por las calles, serían de marca Ford<sup>1</sup>.

Por otra parte, cabe preguntarse qué sucede con los derechos de autor en el caso de la ya extendida práctica de

intercambiar archivos MP3 a través de Internet o de la alteración digital de imágenes a través de todo tipo de programas computacionales.

Durante el 2005 una serie de la BBC se dio el lujo de prácticamente revivir a Winston Churchill y Adolf Hitler, a través de la alteración digital de filmaciones y grabaciones de audio de la época. Sin ir más lejos, gran parte de la música electrónica y del hip hop, se nutren a través del “sampleo” de pistas musicales de otros artistas.

Los ejemplos anteriores nos llevan a preguntarnos cuál es la evolución que tendrá el concepto de derecho de autor y cuál será su impacto, sobre la actividad científica y cultural.

## Hacia el derecho de autor 2.0

Los procesos de digitalización y la masificación de las TIC's (Tecnologías de la Comunicación e Información), han introducido cambios en todos los campos del desarrollo humano, tal como lo señala Castells.

Pero uno de los campos que se ha visto más alterados es el de los derechos de autor y las

---

<sup>1</sup> Lessig, Lawrence. Free Culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, The Penguin Press. 2004.

creaciones carácter intelectual, sean estos de índole artística o industrial. De acuerdo a los planteamientos de Negroponte, es posible convertir al código binario cualquier aspecto de la vida cotidiana.

Los comportamientos de las personas como la utilización de la tarjeta de crédito o sus desplazamientos en su automóvil particular, pueden ser “digitalizados”, almacenados y procesados, a partir de la virtual ubicuidad de los procesadores electrónicos.

Cada vez que una persona pasa por un portal de una autopista concesionada, el sistema registra de manera automática la hora y fecha, para emitir la factura a fin de mes. Pero además entrega información de los desplazamientos de las personas, que en el caso chileno la policía ha sabido utilizar para detener toda clase de asaltantes y autos robados.

Esta misma realidad en el campo de la creación artística y científica, ha puesto en jaque el concepto del derecho de autor, el que ha respondido de múltiples maneras, que van desde una “inflación” del concepto, hasta la reinención del mismo, pasando por posturas apocalípticas.

Toda creación artística es posible de ser digitalizada a través de diversos procesos de grabación. Lo más común son la utilización de escáneres (scanners) en dos y

tres dimensiones o de simples fotografías digitales. Incluso la mayor parte de la producción artística y científica es realizada de manera directa sobre plataformas computacionales, a partir de la edición de texto, imagen o video.

No obstante, en este punto es necesario volver a la definición de Sociedad de la Información elaborada por Castells. De acuerdo a este autor español, esta nueva época histórica se caracteriza por ser una en la que los ejes de poder están en torno a la recolección, manipulación y difusión de información<sup>2</sup>.

El hecho de que toda la creación artística y científica esté en un formato digital, no plantea ningún conflicto frente al derecho de autor. Los problemas comienzan cuando aplicamos las otras dos características esenciales de las TIC's: la manipulación y difusión de la información.

Dentro de un entorno analógico, el plagio y la cita eran fácilmente identificables. Bastaba con determinar cuántos compases deben ser iguales, para ser considerado como plagio. Por otra parte, si un artista interpretaba una canción de otro autor y le hacía cambios al arreglo musical, no se consideraba que dañaba la parte moral del derecho de autor, sino que estaba realizando una nueva versión. Es decir, estábamos frente a una reinterpretación o recreación, porque las piezas musicales eran

---

<sup>2</sup> Castells, Manuel. La era de la información. Vol 1.

distintas. No había ninguna alteración a la grabación original que pudiera ir en contra de la parte moral del derecho de autor.

El sampleo propone una lógica distinta, porque toma la grabación original del tema, y modifica digitalmente el ritmo y le agrega toda clase de efectos de sonidos. En este caso se realiza una nueva versión, pero a partir de la alteración de la grabación original. Es así como el "rapero" pone su voz sobre el cantante original, como si fueran un perfecto dueto.

A eso debemos sumar la posibilidad que existe de difundir dicha canción a través de redes P2P<sup>3</sup> y de ser expuestos a través de múltiples dispositivos, como computadores, teléfonos celulares, radios de auto, pen drives o equipos de sonido, sin pagar ni lo más mínimo, por el uso de los derechos de autor.

Frente a esta realidad y a la masiva copia de CD's y DVD's, el concepto de derecho de autor ha tenido distintas mutaciones, que marcan una evolución desde la creación del concepto.

#### La génesis del derecho de autor

Tal como lo señala Desantes, el concepto de derecho de autor recién comienza a aparecer en el Renacimiento. Previo a dicha época, el concepto de autoría de las creaciones artísticas prácticamente no existía, por lo que la mayor parte de las obras tenían un carácter anónimo.

Incluso en el Renacimiento, la autoría estaba asociada al taller, más que a la persona. La creación era colectiva y en ella participaban, tanto los ayudantes, como el maestro. Los primeros eran quienes hacían la base de la obra, mientras que el segundo, daba los toques finales. Por lo tanto, no era posible distinguir

---

<sup>3</sup> Peer to peer. Programas computacionales que permiten a los usuarios, intercambiar archivos a través de Internet. Normalmente se utilizan para intercambiar archivos MP3 y MP4.

hasta qué punto un cuadro o una escultura, era producto del trabajo de los ayudantes o el maestro.

El derecho de autor es una invención más bien moderna, que ha evolucionado desde un concepto basado en la paternidad, a uno basado en la propiedad. Para explicar esta afirmación, primero es necesario revisar su definición más básica.

Desantes define el derecho de autor, como la facultad que tiene toda persona para ejercer paternidad sobre una obra

artística o científica<sup>4</sup>. De acuerdo a la doctrina desantiana, este derecho tiene dos partes: una moral y otra económica.

La parte moral corresponde a la paternidad de la obra. En conformidad a ello, nadie puede atribuirse la obra, ni puede modificarla sin el previo consentimiento del autor. Una de sus principales características, es que la parte moral es inmanente. Es decir, no se puede ceder, ni vender, ni se pierde aún estando muerto.

Mientras que la parte económica es el justo derecho que tiene todo

---

<sup>4</sup> El artículo 3 de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual define con claridad cuáles son los tipos de obras protegidos por el derecho de autor:” **Art. 3º** Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:

- 1) Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase;
- 2) Las conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas;
- 3) Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma;
- 4) Las composiciones musicales, con o sin textos;
- 5) Las adaptaciones radiales o televisuales de cualquiera producción literaria, las obras originalmente producidas por la radio o la televisión, así como los libretos y guiones correspondientes;
- 6) Los periódicos, revistas u otras publicaciones de la misma naturaleza;
- 7) Las fotografías, los grabados y las litografías;
- 8) Las obras cinematográficas;
- 9) Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas;
- 10) Las esferas geográficas o armilares, así como los trabajos plásticos relativos a la geografía, topografía o a cualquiera otra ciencia, y en general los materiales audiovisuales;
- 11) Las pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares;
- 12) Las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas;
- 13) Los bocetos escenográficos y las respectivas escenografías cuando su autor sea el bocetista (4);
- 14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común (5);
- 15) Los videogramas y diaporamas, y (6 y 7)
- 16) Los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso (8).
- 17) Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación (9);
- 18) Los dibujos o modelos textiles (10).”

autor de recibir una retribución económica, por la explotación comercial de su obra. A diferencia de la parte moral, ésta puede ser vendida o cedida. Además constituye herencia y en general, cesa después de 25 años de muerto el autor.

Dentro de un entorno analógico, la modificación y distribución de una obra, es difícil de hacer desde una perspectiva técnica. Y lo que es más importante, toda copia es de menor calidad que el original, lo que desincentiva la piratería.

Al hacer una copia de un cassette de audio a otro, existen evidentes pérdidas de calidad. Lo mismo sucede cuando se graba una película desde la televisión a un formato VHS. No pasa lo mismo con las plataformas digitales, debido a que las copias conservan la misma calidad que los originales.

Al analizar este punto es necesario revisar el concepto etimológicamente en inglés, tal como lo realiza Lessig. Nos referimos a “copy-right”. Es decir, el derecho que tiene el autor sobre la reproducción (copia) de su obra<sup>5</sup>. Según este Lessig el derecho de autor nació como una forma de garantizar el monopolio de las empresas editoriales, sobre la publicación y reproducción de libros.

Hasta antes de la irrupción de las tecnologías digitales, los problemas que enfrentó el derecho de autor fueron dos. El

primero de ellos fue el plagio, que afecta directamente la parte moral de este derecho, al ir en contra de la paternidad de la obra. El segundo, es lo que hasta hoy se conoce como piratería, que afecta a la parte económica. Es decir, la publicación y/o reproducción de la obra, sin recompensar al autor por la venta de dichas copias.

Sin embargo, la irrupción de las TIC's crearon nuevos tipos de problemas que van más allá de los dos que hemos descrito anteriormente y que han tenido, grandes consecuencias sobre la forma en cómo concebimos en la actualidad al derecho de autor.

Mientras cientos de productores chilenos y distintas partes del mundo de champagne han comenzado a rebautizar las botellas de su producción como “vino espumante”, se produjo una acalorada discusión de carácter judicial en el seno de OMPI sobre la denominación de origen de la marca “pisco”, entre Chile y Perú.

Si bien es cierto que el fallo final fue salomónico, al permitir la existencia de las denominaciones de origen “pisco peruano” y “pisco chileno”, la discusión tuvo por momentos algunos ribetes que es necesario analizar brevemente, para entender la evolución del concepto del derecho de autor.

Algunos sectores del Perú, no sólo pedían la prohibición de la utilización de la denominación de pisco por parte de empresas chilenas, sino que también se les

---

<sup>5</sup> Lessig, Lawrence. Op. Cit. P. 88.

impidiera seguir produciendo este licor.

Independientemente del fallo, la aceptación casi universal de la llamada denominación de origen dentro del campo de los derechos de autor nos lleva a una transformación que ha pasado casi inadvertida. El derecho de autor protege a los autores de obras de carácter artístico, científico o académico, del plagio, la apropiación indebida de la paternidad y la reproducción no autorizada.

Si embargo, tanto el pisco como el champagne, no son obras de carácter artístico, científico, ni menos, académico. ¿Por qué entonces deben gozar de la protección del derecho de autor? ¿Por qué un empresario argentino no puede hacer pisco libremente, al igual que un neozelandés, no podría bajo esta lógica fabricar champagne?

Claramente, lo que ha sucedido es que el concepto de derecho de autor se ha extendido más allá del campo de la creación artística, para llegar al de la manufacturación de cualquier bien o servicio.

Pero esta transformación contiene un elemento nunca antes visto en el derecho de autor: la protección de todo tipo de productos de carácter cultural.

#### Propiedad intelectual

Dentro del ámbito de la propiedad intelectual, existe otro concepto

que es necesario revisar brevemente antes de seguir avanzando. Nos referimos a la patente industrial. Este consiste en un conjunto de derechos adquiridos por el inventor de un nuevo producto, que le otorga la exclusividad de la explotación industrial por un período de tiempo limitado.

La patente se le otorga a toda invención que tenga novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Al contrario de los derechos de autor, la patente se aplica sobre invenciones de carácter industrial y, al contrario del derecho de autor, su énfasis está puesto en la parte económica. De hecho, carece de la parte moral, debido a que el producto o procedimiento industrial puede ser modificado o utilizado por otra persona, previo pago de la patente. Asimismo para poder obtener este derecho, el inventor debe especificar de manera expresa los procedimientos o métodos utilizados para su invención.

De esta manera, si alguien crea un procedimiento queda protegido desde el punto de vista económico y se garantiza el continuo perfeccionamiento de las ideas.

Tal como lo dijimos anteriormente, la diferencia entre la patente y el derecho de autor radica en la parte moral. Por ejemplo, la invención de un revolucionario motor para un automóvil, es materia de una patente. Eso quiere decir que las industrias automotrices que

deseen implementarlo deben pagar el derecho por reproducirlo.

No obstante, la patente no le da derecho al inventor a negarse a que el procedimiento sea mejorado o modificado por la fábrica de autos. En el caso de los derechos de autor sucede lo contrario. Al existir la parte moral, la editorial no está autorizada a realizar ningún cambio a una novela, sin la autorización expresa del autor.

Por lo tanto, existen grandes diferencias entre el derecho de autor y la patente industrial. Están radicadas principalmente en el tipo de artículo que protegen y en la parte moral.

Eso nos lleva de vuelta al caso del champagne y del pisco. Pese a que ambos productos son de carácter industrial y poseen procesos métodos y procesos, y tienen un carácter inventivo, no existe un inventor. Es más, el monopolio que otorga la patente, tiene una duración específica, que por lo general es de 20 años. En ambos casos, la patente debiera estar en manos del dominio público.

Lo interesante de la denominación de origen, es que le otorga la propiedad intelectual de manera eterna, a la comunidad. Este hecho es necesario tomarlo en cuenta, porque supone un cambio enorme al concepto de patente.

No obstante, hay que hacer la precisión de que la denominación de origen lo que protege no son los procedimientos, sino que la

denominación o marca. Evidentemente, no pueden protegerse los procedimientos, porque son de conocimiento público, y difícilmente alguien podría acreditar como propias la invención de los métodos para fabricar champagne o pisco.

La otra consecuencia que tiene la denominación de origen, es que agrega a los productos de carácter cultural e industrial al ámbito de protección de la propiedad intelectual y, por ende, al de los derechos de autor. Porque tal como veremos a continuación, propiedad intelectual, patente industrial y derechos de autor, han pasado a ser en la práctica, sinónimos.

La extensión del derecho de autor

El vínculo entre patente industrial, denominación de origen y derecho de autor, para crear un sólo gran concepto bajo el paraguas de la propiedad intelectual hay que buscarlo en la industria del software.

La primera inflación del concepto de derecho de autor se registró al incorporar al software bajo su protección. Si revisamos la ley chilena de Propiedad Intelectual, veremos que el derecho de autor protege todo tipo de creaciones artísticas como poesías, pinturas, fotografías, danza, obras de teatro, películas, etc. y, software.

Cabe preguntarnos, si el software es una manifestación de carácter artístico. Claramente, la

respuesta es no. Si podríamos considerarlas como manifestaciones académicas y científicas, pero a diferencia de un paper, el software tiene un fuerte carácter industrial.

Además de permitir la creación de procedimientos o ideas, el software tiene la característica de jugar un rol central en los actuales procesos de producción.

El hecho de que quede bajo la protección del derecho de autor, le concede a la industria del software derechos morales. Eso quiere decir, que nadie puede hacer modificaciones al código fuente o kernel de un programa, sin la autorización de un autor. O sea, un empresario no está autorizado a realizar cambios a un programa computacional, para que se ajuste a sus necesidades.

Las consecuencias de que un producto industrial tenga derechos morales, son insospechadas. Supongamos que desde mañana los autos tengan derechos de autor. Eso significaría que usted no estaría autorizado para pintarlo de otro color, cambiarle las llantas o destinarlo a otro propósito para el cual no fue fabricarlo, como transformarlo en un taxi.

Pero si vemos la forma en que la industria del software aplica el derecho de autor y, especial la parte moral, terminaremos nuestra migración hacia el concepto de derechos de autor 2.0.

Como lo hemos dicho anteriormente, la digitalización de

los procesos de creación hizo que el concepto mutara desde el derecho de autor, hasta el de propiedad de autor. En términos desantianos, el derecho de autor está relacionado fuertemente con la protección de la autoría de la obra, debido a que su parte esencial reside en la parte moral.

Este aspecto lo podemos apreciar en la Ley de derechos de autor, en su artículo tanto, que reconoce la existencia de la parte moral del derecho de autor. No obstante, la concepción actual de este derecho ha evolucionado hacia algo que va más allá de lo definido en la ley de derechos de autor y en los distintos acuerdos internacionales, como el de la OMPI.

En la práctica, las empresas de software no venden copias de programas computacionales, sino que licencias de uso, las cuales fijan las condiciones bajo las cuales puede ser ocupado el producto. Lo habitual es que la licencia defina el número de computadores en los cuáles puede ser instalado el programa y los usos para los cuales se autoriza su utilización (hogar, empresa o educación).

El objetivo en mente era el de evitar la piratería, pero su resultado trajo consecuencias insospechadas. La primera de ellas, es que algunas licencias incluso son finitas en el tiempo. Programas estadísticos como el SPSS, tienen licencias que generalmente duran seis meses o un año. Después de ello, hay que volver a comprar una nueva



licencia (muy costosa), porque al expirar ésta, el programa deja de funcionar.

Bajo el sistema de licencia, el autor define el uso que se le puede dar a la obra. El problema surge cuando se toma la parte moral del derecho de autor y se aplica a objetos de carácter industrial o a ideas.

Dentro de los términos desantianos, la parte moral protege una obra artística en los siguientes términos. En primer lugar, la reproducción queda sujeta a la autorización. La ley chilena de Propiedad Intelectual incluso reconoce el derecho de un autor de decidir si quiere que una obra se publique o no.

En la práctica eso significa, que una empresa editorial que desea publicar o reeditar un libro, necesita el consentimiento del autor. Esta facultad es lógica, debido a que su objetivo es el de evitar la piratería.

De la misma manera, la ejecución pública de una obra también queda bajo la protección de la parte moral. Eso quiere decir que si un cantante realiza una grabación, ésta no puede ser dada a conocer a través de la radio u otro medio de comunicación, mientras no exista el consentimiento de su autor.

En términos desantianos, la parte moral del derecho de autor, permite que el artista mantenga los derechos asociados a la

paternidad de la obra. En definitivas cuentas lo que se busca es que nadie copie, reproduzca, publique, modifique o se apropie de una obra realizada por un artista específico.

Si vemos el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual chilena, observaremos que el derecho moral es definido como:

“1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido;  
2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento.

No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico;

3) Mantener la obra inédita;  
4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere, y  
5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común”<sup>6</sup>.

Sin embargo, el concepto de licencia va más allá, porque está referido al uso que las personas le dan a una obra artística. Es decir, se preocupa de que las personas le den un uso no autorizado a la obra.

Si revisamos algunas de las licencias típicas de Commons

---

<sup>6</sup> Ley 17.336 de Propiedad Intelectual.

Sense desarrolladas por Lesig (que analizaremos en detalle más adelante), establecen si una obra puede ser utilizada o no para fines comerciales.

Por ejemplo, un compositor puede definir que su canción la puede utilizar cualquier persona, siempre y cuando no sea para fines comerciales. Eso quiere decir, que todos nosotros estamos autorizados para cantar la canción en la ducha, pero que no puede ser utilizada por un publicista para una campaña o por un cantante callejero que se coloque en una esquina a cantar, a cambio de monedas. En los dos últimos casos existirían fines comerciales, porque el objetivo sería obtener una recompensa de carácter económica, aunque con claras diferencias.

Bajo esta lógica, el concepto de licencia extiende el derecho moral a la utilización que las personas pudieran realizar de una obra de carácter artístico. Por lo tanto, el derecho moral no sólo protegería a la obra en sí misma, sino que también el uso que las personas pudieran hacer de ella.

En la actualidad la industria del software utiliza la licencia para controlar, no la ejecución de la obra, sino que la forma en la cual los usuarios utilizan los programas computacionales. Las restricciones van desde las que ya hemos nombrado, como restringir temporalmente la utilización del programa, el número de computadores en los cuales se

pueden instalar, hasta dar permiso para que sea registrada información sobre la forma en la cual los usuarios emplean el software.

Lessig hace una recopilación de condiciones de uso o licencias realizadas por Adobe relativas a e-books, que rayan en lo absurdo. En la copia de Alicia en el País de las Maravillas, las condiciones de uso establecen que no se puede copiar el texto hacia el portapapeles del computador. Tampoco se puede imprimir o arrendar el libro y lo más extraño de todo: "Este libro no puede ser leído en voz alta" (This book cannot be read aloud)<sup>7</sup>.

Este caso no deja de ser interesante por dos cosas. La primera ellas, es que las condiciones de uso se refieren básicamente a la restricciones sobre el uso privado. En términos sencillos eso significa que limita la capacidad a un padre para leerle el libro a su hijo pequeño o que un discapacitado visual utilice el botón "read aloud" (lectura en voz alta) del programa Acrobat Reader.

Ninguna de las condiciones enumeradas anteriormente evitan que el libro sea copiado de manera indiscriminada (o pirateado, si usted prefiere). Lo único que hacen es limitar el libre uso de la obra por parte de las personas.

Si seguimos revisando la lógica de las licencias computacionales nos

---

<sup>7</sup> Lessig, Lawrence. Op. Cit. p. 152.

encontraremos con más sorpresas. Supongamos que usted al comprar un computador de escritorio, decide “adquirir” una copia de Microsoft Office de manera legal. Al año siguiente por necesidades de trabajo, se ve en la necesidad de comprar un nuevo computador, pero esta vez, portátil. La cuestión es que si usted se quiere mantener dentro de los márgenes de la ley, no puede tomar la copia de Microsoft Office que compró hace un año e instalarlo en el computador. Lo que debe hacer es adquirir una nueva licencia para el nuevo computador, porque en la práctica usted no es dueño de la copia. El programa, al poseer la protección dada por la parte moral del derecho de autor, sigue siendo perteneciendo al autor (Microsoft) y por eso usted debe pedir permiso por su “ejecución pública” y pagar nuevamente, por su utilización.

Es decir, la licencia amplía el concepto de derecho moral, al permitirle al autor definir cómo y quién puede utilizar una obra. Lo interesante es que esta ampliación de la parte moral, no tiene sustento jurídico, al no estar incluido en la Ley de Propiedad Intelectual.

Derechos de autor, patentes e investigación científica

Las lógicas colaborativas son esenciales para el desarrollo científico. Desde el punto de vista

epistemológico, el trabajo de un científico se basa en la experiencia de otros, con la cual conforma una base, desde la cual formula hipótesis propias.

La lógica dice que una vez que un académico descubre algo, publique los resultados de su investigación. La única condición “tradicional” sobre los usos futuros de ese trabajo, es que se cite la fuente. De hecho, todo marco teórico está conformado por una serie de citas de otros autores.

La aplicación del concepto de licencia al trabajo científico ha llevado que los resultados de las investigaciones sean confidenciales y que sus autores puedan normar sobre el uso futuro, que se le dé a su descubrimiento. Eso ha llevado a que incluso se comience a patentar los genes, por parte de quienes los han descubierto.

Como resultado final, sólo podrán investigar curas para enfermedades genéticas, quienes tengan las licencias respectivas a cada gen específico. Desde el punto de vista de la creatividad y la libertad de pensamiento, hemos llegado a un nivel insospechado.

Si antes hablamos que el derecho de autor se hacía extensivo a los productos de carácter industrial, ahora lo hacemos extensivo a los resultados de una investigación científica. Es decir, al campo de las ideas. Y a ello hay que sumar que sería posible establecer una

licencia sobre el uso dado a dicha idea.

De acuerdo a lo que plantea Stimson, el objetivo de otorgar patentes en el campo de la investigación científica es el de promover la invención, innovación y la difusión de los resultados<sup>8</sup>. Pero tal como lo identifica este autor norteamericano, los problemas surgen cuando algunos de los poseedores de patentes de herramientas o métodos de investigación, quieren hacer extensivos sus derechos sobre cualquier descubrimiento realizado a través de uso de sus herramientas o metodologías.

Tal como lo hemos señalado anteriormente, esta lógica ha sido ampliamente utilizada en la investigación genética. Los científicos y laboratorios que han identificado y patentado un gen específico, han intentado ejercer sus derechos sobre investigaciones posteriores que buscan curar una enfermedad a partir de la manipulación de dicho gen.

Aquí nos encontramos frente a un nuevo problema. ¿Pueden aplicarse licencias que restrinjan los usos futuros de los resultados de una investigación científica? Si partimos de la base de que los resultados de una investigación son las herramientas o recursos que los científicos utilizan para hacer sus descubrimientos, podemos hacer una analogía.

Imagine qué sucedería si los fabricantes de un taladro tuvieran el poder para generar una licencia que definiera en qué casos puede y no puede, utilizarse la herramienta que fabricaron. ¿Qué sucedería si el fabricante decidiera que el taladro sólo puede ser ocupado para taladrar madera y no, metales?

Si bien es cierto que el ejemplo anterior es absurdo, cabe preguntarse por qué no sucede lo mismo en el campo científico.

Para responder dicha pregunta, debemos volver al concepto de patente. Tal como lo dijimos anteriormente, el objetivo de ella es el de promover la innovación y la invención, a través de la protección de los derechos económicos de quien realiza un descubrimiento.

No obstante, Stimson afirma que para que se realice una violación sobre una patente, es necesario probar que se ha causado de manera directa un perjuicio económico<sup>9</sup>. ¿De qué manera puede afectar económicamente a un laboratorio el hecho de que alguien descubra una cura para una enfermedad genética, a partir del gen que ellos identificaron con anterioridad?

La respuesta es no y nos lleva de vuelta nuevamente al concepto de licencia. Al igual que la mayoría de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual, la

<sup>8</sup> Stimson, Michael. Damages for infringement of research tool patents: The reasonableness of reach through royalties. En Stanford Technology Law Review. Rev 3. 2003.

<sup>9</sup> Idem.

licencia tiene como objetivo eliminar la piratería. En el caso que estamos analizando, no sólo no la elimina, sino que daña en gran medida la creatividad en el trabajo científico.

Como podemos observar, el principal cambio que ha experimentado el derecho de autor, es su fusión con la patente, a través del concepto de propiedad intelectual. Pero lo verdaderamente revolucionario, es el de licencia, el cual configura una nueva etapa o un derecho de autor 2.0, por parafrasear a la industria del software.

#### “El photoshoqueo”

Dentro del ámbito tecnológico, la modificación y alteración digital de imágenes se ha vuelto tan común que ha llegado a ser conocida como el “photoshoqueo”, en directa alusión al programa gráfico Photoshop.

Para entender a cabalidad el concepto de licencia, es necesario que nos detengamos brevemente en esta práctica cotidiana. Al igual que una canción o una pintura, una fotografía puede ser considerada como una obra de arte. Y, por lo tanto, estar protegida por la parte moral y económica del derecho de autor.

Eso significa que cada vez que alguien photoshoquea una imagen está vulnerando la parte moral del derecho de autor. Sin embargo,

esta práctica nos lleva a la misma pregunta que en el caso de la aplicación de licencias de uso sobre los resultados de la investigación genética: hasta qué punto la protección de los derechos de autor puede afectar la creatividad y el libre flujo de ideas.

Sin embargo, el caso de la alteración de imágenes digitales, junto con la de videos y composiciones musicales, es diametralmente distinto, al de la investigación científica. Mientras que en el primer caso se modifica sin autorización de su autor una obra artística, en el segundo, se impide la creación de nuevo conocimiento, a partir de un descubrimiento previo. Desde el punto de vista de la parte moral del derecho de autor, no habría conflicto porque no se altera la obra original.

No obstante, la alteración o modificación de una obra, para producir una nueva, es otro de los aspectos críticos de este momento. Dentro de algunos movimientos musicales, como la música electrónica o el hip – hop, es habitual la utilización de “secuencias” o “pistas grabadas”, así como del “sampler”

A diferencia de lo que podría ocurrir en épocas anteriores, en las que no existían tecnologías digitales, la inclusión de fragmentos de canciones de otros autores sólo podían constituir dos hechos: plagio o cita.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, plagiar es “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”<sup>10</sup>. Asimismo otra de sus acepciones es “Secuestrar a alguien para obtener rescate por su libertad”<sup>11</sup>.

Como podemos observar, el plagio conlleva dos acciones básicas. Tomar las partes esenciales de una obra ajena y con ella pretender haber creado algo propio. No obstante, para que se configure el plagio es necesario otro elemento esencial: el dolo. Es decir, la intención de engañar a las demás personas.

Mientras que la REA define cita como “referir, anotar o mencionar los autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o escribe”<sup>12</sup>. En sí, la cita constituye una especie de reconocimiento u homenaje, al autor de la obra original, debido a que la autoría se señala con toda claridad.

Cabe destacar que a diferencia del campo académico, en el arte no es necesario que se siga la regla metodológica de poner autor, nombre del artículo, año de publicación, editorial y lugar de publicación. Basta con que el autor sea lo suficientemente explícito o que el segmento sea lo suficientemente conocido, como para que cualquier persona pueda reconocerlo con toda facilidad.

El sampleo como cita

Gotham Project es un grupo musical que cultiva el tango electrónico. A diferencia de las agrupaciones tradicionales, no tienen una orquesta de tangos en el sentido tradicional, con instrumentos como bandoneón, contrabajo, piano o violines. En su reemplazo tienen samplers y computadores, con los cuales confeccionan su música.

Lo que ellos hacen, es tomar un tango “tradicional” y “samplearlo”. Es decir, pasarlo a un formato digital, para de esa manera modificar su ritmo, entre otras cosas. Normalmente, estas “pistas” constituyen la “base”, sobre la cual una vocalista interpreta una nueva letra.

En este caso no podemos hablar de cita, porque no hay una reinterpretación por parte de los artistas. Lo que hacen es tomar la grabación original, modificarla y luego “cantar” sobre ella. Asimismo tampoco podemos considerarla como plagio, porque el resultado final difiere bastante del original.

Desde una perspectiva desantiana del derecho de autor, todos los discos de Gotham Project atentarían contra la ética, al ir en contra de la parte moral del derecho de autor. Recordemos que una obra no puede ser

---

<sup>10</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. 2003.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

modificada sin la autorización de su autor.

Eso nos lleva a una pregunta que está fuera del ámbito de la ética y que ya habíamos planteado con anterioridad. ¿Pueden los derechos de autor limitar la creatividad científica y cultural? Las respuestas son variadas y en la mayoría de ellas, las licencias juegan un rol central.

Una primera respuesta es positiva. Toda alteración a la parte moral del derecho de autor, no debe tolerarse. Ese mismo argumento fue utilizado en el pasado por numerosos cantantes y grupos musicales, que se oponían que sus grabaciones fueran “sampleadas” y utilizadas como base por raperos.

El principal argumento para respaldar esta postura, radica en el reconocimiento expreso que hace la ley chilena e internacional, sobre la parte moral del derecho de autor. Claramente bajo esta postura, gran parte del arte moderno desaparecería, con un notorio problema para la actividad cultural de los distintos países del mundo.

Sin embargo, si consideramos la ampliación en materia de protección del derecho de autor hacia todo tipo de productos culturales, industriales e ideas, el problema alcanza un tinte mayor.

Bajo esta lógica, el perfeccionamiento continuo de procedimientos e invenciones, no sería posible. Pero si nos vamos al

campo de las ideas, el problema es aún mayor. Toda investigación de carácter científica, a menos que fuera de carácter absoluta y totalmente exploratoria, quedaría prohibida.

#### La Doctrina de Desantes

Una segunda respuesta proviene del ámbito de la doctrina de Desantes. Según el académico español todo depende de las circunstancias del caso y de lo que él denominó, como la coordinación de los derechos humanos. Si bien es cierto que sus planteamientos son previos a los problemas que estamos tratando, establece un sistema conceptual “criteriológico”, que puede ser de utilidad.

De acuerdo a sus planteamientos los derechos humanos estarían ordenados en una serie de esferas concéntricas, desde el núcleo de la personalidad, hacia la periferia. Dentro de esta lógica, los derechos humanos que están más cerca del núcleo de la personalidad prevalecerían por sobre los que están más lejos, en el caso de un conflicto.

A partir de ello, Desantes señala que existen dos criterios básicos para analizar si un derecho debe contraerse frente a otro, en caso de un conflicto. Estos son los principios de personalidad y comunidad.

El principio de personalidad señala que existen tres derechos humanos básicos, que por su

cercanía con el núcleo de la personalidad deben respetarse en todo momento. Estos son los derechos a la vida, el honor y la vida íntima.

El derecho a la vida es el que está más cercano al núcleo de la personalidad, debido a que sin él, no es posible hablar de ningún otro derecho humano. Para poder ejercer los derechos humanos, primero es necesario estar vivo. Por lo tanto, Desantes afirma que ningún derecho humano puede ir en contra o vulnerar el derecho a la vida.

Pese a que pueda parecer obvio, este es un principio altamente olvidado en la industria farmacológica y en la investigación genética. Todos los años, miles de personas mueren cada día debido al virus del Sida, debido a que no tienen el dinero necesario para acceder a tratamientos farmacológicos.

Según Lessig la mayor parte de los 20 mil dólares anuales que cuesta un tratamiento contra el Sida, corresponden al pago de derechos de autor. Esto constituiría una tremenda falta a la ética, porque el derecho a la vida siempre debería prevalecer por sobre el derecho de autor, por ser el más básico y esencial de todos.

Si seguimos esta misma lógica, la investigación científica sobre la cura de cualquier enfermedad de carácter genético, tampoco debería ser obstaculizada por los derechos de autor o más específicamente, por las licencias

establecidas sobre cada gen en particular.

Tanto el derecho al honor, como a la vida íntima, se sitúan a continuación del derecho a la vida. Ambos se caracterizan por ser esenciales para la vida humana en sociedad, y al existir un conflicto, el derecho de autor debe contraerse en favor de ellos.

Mientras, el principio de comunidad señala que todas las personas tienen derecho a vivir en una sociedad en la cual se mantenga la paz. El derecho a la paz constituiría las base de la vida en comunidad, por lo que todo lo que atente en contra de él, debiera contraerse en favor de este derecho.

Como podemos observar, la respuesta dada por Desantes antepone los derechos de las personas y de la comunidad, a los de los autores. Si bien es cierto que el académico español destaca la importancia que tiene el derecho de autor, toda su doctrina es contraria a esta inflación del derecho de autor 2.0.

Bajo su perspectiva, sólo las obras de carácter científico y artístico debieran ser protegidas por el derecho de autor. Además el concepto de licencia iría en contra de la coordinación de los derechos humanos, al afectar tanto a la comunidad, como a la persona.

Para Desantes sería impensable que un científico prohibiera que los resultados de su investigación fueran utilizados libremente para



desarrollar una cura a una enfermedad. No sólo se estaría vulnerando el derecho a la vida, sino que también el principio de comunidad, al prohibir algo que es necesario para la conservación y bienestar de la sociedad.

Pese a que el pensamiento de Desantes es posible encontrarlo en cada uno de los artículos de la Ley de Prensa Chilena, su doctrina ha sido dejada de lado a la hora de hablar del derecho de autor.

### Creative Commons

Una tercera respuesta para afrontar los problemas derivados de la gestión de los derechos de autor, es el proyecto Creative Commons<sup>13</sup> de Lessig. Si bien es cierto que no tiene una base legal, este sistema permite resolver gran parte de los problemas derivados de la piratería y la modificación de las obras, a partir de tecnologías digitales.

Creative Commons fue creado especialmente para espacios virtuales, en los que es casi imposible evitar la difusión y modificación de obras en formatos digitales. Si bien es cierto que su funcionamiento se basa en la creación de licencias de uso, su objetivo es fomentar la difusión de ideas y objetos de carácter cultural.

En términos sencillos, lo que hace Creative Commons es permitir que los autores digan de

antemano qué es lo que autorizan que se haga o no, con su obra artística, académica o científica. Establece licencia que van desde “todos los derechos reservados” a, “no hay derechos reservados”, pasando por cuestiones como “algunos derechos reservados”. Eso significa que los autores pueden decidir que no permiten que las personas hagan nada con su obra - como redistribuirlo por Internet, subirlo a la una red P2P o modificarlo digitalmente (photoshopear) - hasta dejarla en el dominio público, para que cualquier persona lo utilice como quiera.

La idea es que una persona al momento de acceder a una obra, sepa de inmediato qué puede hacer con ella. Creative Commons no contempla sistemas de encriptado o de algún tipo de software de protección de los derechos de autor, sino que funciona bajo la premisa de que éste es un compromiso de carácter ético entre el autor y la persona que consume la obra.

Los conceptos básicos que se toman en cuenta para confeccionar las licencias son: atribución, uso comercial y trabajos derivados. Atribución permite a otras personas copiar, distribuir, reproducir o ejecutar una obra, siempre y cuando se consigne con toda claridad quién es el autor.

Uso comercial se refiere a si el autor desea o no, que su obra se utilice con fines comerciales.

---

<sup>13</sup> <http://creativecommons.org>

Dentro de este ítem, la opción más utilizada es “noncommercial”, que permite que las personas copien, distribuyan, reproduzcan o ejecuten una obra, sólo con fines no comerciales.

Trabajos derivados se refiere a si el autor permite o no, que su obra sea modificada, alterada o photoshopeada por otra persona. De esta manera, un artista musical sabrá de inmediato si una canción la puede utilizar o no, como base para una nueva creación.

A partir de estos tres criterios, son confeccionadas las distintas licencias de uso. Un vez que un artista, académico y científico quiere proteger su trabajo, lo que debe hacer es entrar al sitio web de Creative Commons (<http://creativecommons.com>) e inscribir su obra. Primero debe dar sus datos personales, los del trabajo que desea proteger y responder tres preguntas básicas, basadas en los criterios anteriormente explicados. A partir de ello se genera una licencia que queda almacenada dentro de la base de datos del servidor de Creative Commons, a la cual se accede a través de la web.

Al momento de ser creada la licencia, al autor se le entrega un icono, que contiene un código html, que indica la dirección web en la que quedó almacenada la licencia. Cabe recordar, que Creative Commons está diseñada especialmente para obras en formato digital y que se encuentran almacenadas en

Internet.

Un aspecto que es necesario aclarar, es que bajo ningún motivo las licencias impiden que los resultados de un trabajo científico o académico sean utilizados por otro autor. Si bien es cierto que las licencias imponen ciertas restricciones, su arquitectura está diseñada para fomentar la creatividad y el libre flujo de ideas.

Un último principio de Creative Commons que es necesario revisar, es el de mantención de las licencias. Eso quiere decir que si alguien registró un software y lo dejó bajo dominio público y además autorizó que se realizaran trabajos derivados, las personas que creen un nuevo programa computacional a partir de él, deben mantener la misma licencia. Es decir, lo deben dejar bajo el dominio público y autorizar que todas las personas lo modifiquen.

Este es el mismo principio bajo el cual se ha desarrollado el sistema operativo Linux. Originalmente fue confeccionado por Linus Torvalds, pero ha sido perfeccionado a través de los años gracias al aporte de miles de programadores. Cada vez que alguien ha realizado una mejora al sistema operativo, la ha comunicado al resto de la comunidad.

Como podemos observar, la respuesta dada por Lessig a través del Creative Commons, tiene algunos aspectos que sería

necesario considerar a la hora de analizar los problemas creados por el surgimiento de lo que hemos llamado como derechos de autor 2.0.

Básicamente lo que ha realizado Lessig es diseñar un sistema de gestión de los derechos de autor, para abordar dos de los principales problemas a los que se enfrenta: la difusión y modificación indiscriminada de las obras de carácter artístico, científico y académico.

## DRM

Otra respuesta que es necesario analizar es el DRM (Digital Rights Management), debido a que esta proviene de la industria discográfica y de software. DRM está constituida por una serie de tecnologías utilizadas por la industria del entretenimiento y de software, para restringir el acceso y uso de los contenidos digitales.

Generalmente se utilizan mecanismos de encriptación, que impiden que un archivo sea copiado o que sea utilizado en un formato o dispositivo distinto, al que autorizó el titular del derecho de autor. Por ejemplo, si una persona baja de manera legal una canción en formato MP3 desde iTunes, sólo podrá escucharla en su Ipod. Si trata de traspasar el archivo a su teléfono celular para que suene cada vez que alguien lo llama, no podrá hacerlo. El mecanismo de protección detectará este cambio de formato e impedirá que el archivo sea leído por el sistema operativo del teléfono celular.

DRM funciona gracias a firmwares o a algoritmos que están insertos dentro del sistema operativo del computador o dispositivo digital. Un firmware es un programa que se instala en el disco duro del PC o dispositivo, en el momento en que el usuario baja la canción o carga un juego que esté protegido. Este programa lo que hace es impedir que el archivo sea copiado o pasado a un formato distinto.

La utilización de DRM está bastante extendida, al punto que Microsoft la incluyó a principios del 2006 dentro de las actualizaciones de seguridad de Windows XP. De esta manera la empresa buscaba frenar la utilización de copias piratas de su sistema operativo. A través de una actualización de seguridad, Microsoft incluyó dentro del sistema operativo, una rutina que detectaba las copias ilegales del programa. La actualización fue puesta como condición necesaria para poder seguir recibiendo actualizaciones de seguridad a través de Internet.

Sin embargo, DRM no ha estado exento de polémicas. Eso se debe principalmente a que defensores de los derechos humanos dentro de los espacios digitales, como Electronic Frontier Foundation, consideran que DRM vulnera el

uso justo o “fair use” del derecho de autor<sup>14</sup>.

Un claro ejemplo de ello, es que la industria discográfica ha discutido largamente la posibilidad de distribuir archivos en formato MP3, MP4 o WAV, con fecha de caducidad. Eso quiere decir que una persona que compre un disco o descargue una canción desde un servidor legal, no podrá seguir escuchando la grabación, después de un lapso determinado de tiempo.

#### La doctrina del abuso

El hecho de que un archivo se borre, después de un determinado tiempo o que no se pueda traspasar de un dispositivo a otro, daña lo que se conoce como el “buen uso” o “uso justo” del derecho de autor. Imagine que usted compra una canción en formato MP3 desde un servidor legal. Paga por la canción y el dueño del servicio, cancela los derechos de autor a quien corresponda. Usted en todo momento está actuando de manera legal y de buena fe.

Su intención es poder escuchar la canción en su Ipod o Pendrive con MP3. Baja la canción desde el servidor legal, hacia el disco duro de su PC y después la traspasa a su IPod a través de un cable USB. Entonces, usted enciende el Ipod, se pone los auriculares y ... nada. Se encuentra con la sorpresa de

que no puede escuchar la canción en el Ipod y que sólo suena en su PC.

Lo que sucede no es que su Ipod esté malo, sino que DRM impide que se realice una copia de la canción. Por lo tanto, si realmente quiere escuchar la canción en el Ipod, deberá bajar nuevamente la canción, volver a pagar y esta vez, grabar el archivo directamente en el dispositivo musical.

Lo anterior, sumado a la práctica común de algunos músicos de usar pistas grabadas de otros compositores, nos obliga a revisar una última respuesta que nos pueden dar luces sobre este asunto. Nos referimos a la doctrina del buen uso (fair use) y la doctrina del abuso de Sableman.

La doctrina del buen uso podemos considerarla como una limitante al derecho de autor, que justifica ciertos usos de carácter privado, educacionales y sin fines de lucro, por parte de las personas o usuarios.

Normalmente se considera que sacar una copia de un disco o CD de música vulnera los derechos de autor. No obstante, existe una gran diferencia entre sacar mil copias, para venderlas en la calle,

---

<sup>14</sup> Información sobre este punto específico y la postura de EFF sobre DRM, puede encontrarse en <http://www.eff.org/IP/DRM/>

que sacar una como respaldo, en el caso que original se pierda o raye.

A partir de la doctrina del buen uso, una persona puede dejar programado su video VHS o Tivo<sup>15</sup>, para que grabe el último episodio de su serie favorita, porque en ese mismo horario tiene un compromiso. En la acción que describimos anteriormente, la persona actúa de buena fe, no obtiene ninguna recompensa monetaria por la acción y no le produce ningún daño, moral o económico, al titular de los derechos de autor.

Muy distinto sería el caso, si esa misma persona se pusiera a vender entradas para exhibir el último capítulo de la serie o comenzara a comercializar copias en la calle. Estaríamos frente a una actuación de mala fe, la persona recibiría una recompensa económica y se dañaría moral y económicamente, al propietario de los derechos de autor.

Otro ejemplo que nos puede servir para ilustrar los alcances de la doctrina del buen uso, es lo que consideramos como sin fines de lucro. Si la orquesta Filarmónica de Santiago u otra ciudad del mundo decide hacer una serie de conciertos, debe pagar los derechos de autor por lo temas que interpretará. Eso se debe, a que la orquesta cobra una tarifa o entrada a cada persona que desee escucharla. Por lo tanto, existe

lucro de por medio y por esa razón, debe pagar los derechos de autor.

Sin embargo, si la misma orquesta decide donar todo el dinero que obtenga a partir de la venta de las entradas a un hogar de niños huérfanos, no debe pagar derechos de autor. Eso se debe a que los conciertos no tienen fines de lucro, debido a que su objetivo es financiar una causa noble que está en concordancia con el bien común. O mejor dicho, en términos desantianos, están en completa sintonía con los principios de personalidad y comunidad.

Como podemos observar, la doctrina del buen uso tiene dos principios rectores: la buena fe y los usos sin fines de lucro. No obstante, no siempre es fácil distinguir en la realidad cuando estamos frente a buena o mala fe.

Es por eso que tal como lo señala Lessig, la discusión actual es más compleja que el caso anterior y está caracterizada por la existencia de grandes zonas grises. Una primera zona gris, está compuesta por la existencia de grandes redes P2P, que permiten compartir todo tipo de archivos digitales a través de Internet. Nos referimos a redes como Napster, Kazaa, E Mule, Jukebox y Lime Wire, por nombrar alguno de los más conocidos.

---

<sup>15</sup> Dispositivo o "caja" que graba de manera digital toda la programación de la televisión por cable y que permite que posteriormente el usuario decida que quiere ver desde un menú, al cual accede gracias a un control remoto. El dispositivo cuenta con un disco que almacena los programas en formato DVD.

La Recording Industry Association of America (RIAA) – entidad que agrupa a las principales empresas discográficas de los Estados Unidos – ha librado una larga batalla judicial en contra de las redes de intercambio de archivos, basada en la Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Las acciones judiciales han sido iniciadas no sólo en contra de los responsables de las redes, sino que también han incluido a usuarios.

Esto último ha generado una larga discusión sobre la doctrina del buen uso. Desde esta perspectiva no están en la misma perspectiva los responsables de la red (que obtienen ganancias económicas) y los usuarios. El principal argumento de la RIAA para perseguir judicialmente a los usuarios, es que la sola descarga de un archivo produce un daño económico a las empresas discográficas, porque eso se traducirá en una venta menos.

Es por eso que para este tipo de casos, es útil ocupar la doctrina del abuso, elaborada por Sableman<sup>16</sup>. Esta nació para determinar cuándo es lícito o no, hacer un hipervínculo a través de la web.

La doctrina del abuso es una especie de operacionalización de la doctrina del buen uso, debido a que señala que si no es posible saber siempre a ciencia cierta si las personas actúan de buena fe; sí es posible detectarlo, cuando

actúan de mala fe<sup>17</sup>.

Para Sableman, mala fe es sinónimo de abuso y éste se configura, cuando las personas sacan ventajas de las condiciones creadas por la doctrina del buen uso. Según este autor no es lo mismo que una persona baje diez canciones al mes, que una que descarga cinco mil, durante el mismo periodo de tiempo. En el segundo caso no habría un uso privado, debido a que la cantidad de archivos descargados, hace necesario que esa persona dedique la mayor parte del tiempo a ello y disponga de anchos de banda y disco duro, dedicados especialmente a la descarga de archivos. Eso lo convertiría en una especie de acción “cuasi” profesional, por lo que no podría configurarse el uso doméstico o privado.

La doctrina del abuso es útil para analizar otras de las zonas grises como la música electrónica y la protección por medio de patentes, de investigaciones científicas. Si volvemos al caso de la investigación sobre el genoma humano, la doctrina del abuso nos puede dar una respuesta interesante.

El hecho de que un laboratorio, por el sólo hecho de haber descubierto un gen pueda licenciarlo y, por lo tanto, impedir que otros investigadores generen una cura para la enfermedad que

---

<sup>16</sup> Sableman, Mark. Link Law: The emerging law of Internet hyperlinks. “Communication Law and Policy”. N° 559. September 1999.

<sup>17</sup> Idem.

produce, configura un claro abuso. La licencia estaría produciendo un monopolio que impediría el desarrollo de una cura de una enfermedad que afecta a miles de personas, en aras de la defensa de la parte económica del derecho de autor. En este caso primaría el bien común, expresado en el concepto desantiano de principio de comunidad.

Si volvemos al caso de la música electrónica y analizamos la obra del grupo Gotham Project, veremos que no se configura el abuso. Pese a que los músicos ocupan "pistas" grabadas de otros autores, las que incluso modifican - por lo que dañarían la parte moral del derecho de autor - no se produce el abuso debido a que lo que ellos generan es una obra totalmente nueva y original. Lo que hacen se acerca mucho más a la cita, que al plagio. La única diferencia con la cita en términos analógicos, es que utilizan y modifican la obra original, pero con un sentido nuevo.

Tal como lo dijimos anteriormente, la mayor parte del trabajo científico y creativo, se basa en lo anterior, a través de la cita, el homenaje o la utilización del imaginario colectivo. Si partimos de la base desde el planteamiento de Barbero, de que la comunicación sólo puede ser entendida desde la cultura y viceversa, debemos aceptar el siguiente hecho: una persona es el resultado de su cultura y es imposible abstraerse a ello. Por lo mismo, podríamos hablar de la imposibilidad de no citar.

Con respecto a este mismo punto, Borges afirmaba que todas las metáforas y rimas ya estaban inventadas, y que al poeta sólo le quedaba combinarlas de una manera distinta. Desde esta perspectiva, el concepto de licencia atentaría contra uno de los aspectos más básicos del género humano: la cultura.

A modo de conclusión:

A la hora de dilucidar el concepto de derecho de autor 2.0 y de hacernos cargo de todos sus problemas y desafíos, es necesario recapitular brevemente para entender el entorno dentro del que nos movemos en la actualidad.

Cuando hablamos de derechos de autor 2.0, nos referimos principalmente a un mundo de carácter digital, en el cual el autor pierde el control de sus obras con suma facilidad. De esta manera se ve enfrentado a la piratería, el plagio, el photoshopeo o alteración digital de la obra y a su reproducción y distribución masiva e indiscriminada a través de Internet y de otros formatos digitales.

Y a diferencia de los tiempos analógicos, todo eso puede ser realizado con suma facilidad por cualquier persona que tenga a su disposición un computador personal. Como reacción a esta realidad, el concepto de derecho de autor se amplió combinándose con la licencia y la patente. Además se amplió al punto de

proteger todo tipo de productos de carácter cultural y científico, más allá de lo meramente artístico.

Como resultado de ello surgió un nuevo concepto: la licencia. Esta no es más que el intento del autor por limitar el uso de una obra, por parte de las personas. De esa manera cree, el autor, que podrá evitar los problemas antes mencionados.

No obstante, el formato digital encierra en sí mismo el germen del cambio y de la subversión. Es por eso que Disney termina por claudicar de cierta manera al decir que es imposible evitar la piratería y que es mejor, incluirla dentro de sus prácticas de promoción.

Sin embargo, la revisión de los distintos aspectos propios del desarrollo de los derechos de autor en los entornos digitales, nos anuncian varios peligros que debemos considerar. En primer lugar, la aplicación de la licencia a la investigación científica puede encerrar grandes problemas, al imponer trabas injustificadas al trabajo académico, lo que podría traducirse en el nacimiento de monopolios en términos de investigación.

En segundo lugar, la aplicación de la licencia en los entornos artísticos no sólo atentan contra la creatividad, sino que es una batalla perdida. Pese a la existencia de licencias o de sistemas de protección como el DRM, es imposible evitar la copia, distribución y modificación de las obras en formatos digitales.

En tercer lugar, hay que partir de la misma base desde la que Lessig creó Creative Commons: que en un mundo digital, es imposible evitar la copia, distribución y modificación de una obra. Desde esta perspectiva, las soluciones deben provenir de los entornos éticos, en donde el principio de comunidad debe estar por sobre todo tipo de aspecto económico.

Por último, surge la necesidad de racionalizar el concepto de licencia para que de verdad sea un mecanismo de protección de los derechos de autor, sin limitar la libre circulación de la cultura. Por lo mismo, se convierte en una necesidad el hecho de devolver el derecho de autor, única y exclusivamente al campo de la creación artística, limitando su aplicación en los campos industriales y científicos.

#### Bibliografía

1. Castells, Manuel. La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 1 La sociedad red. 1ª Ed. Alianza Editorial. Madrid, España. 1998.
2. Burk, Dan L. Proprietary rights in hypertext linkages. "The Journal of Information, Law and Technology (JILT)". 30 de junio de 1998. P. 9. [http://elj.warwick.ac.uk/jilt/intprop/98\\_2burk/burk.htm](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/intprop/98_2burk/burk.htm)
3. Desantes Guanter, José María; Información y Derecho. 1ª Ed. Santiago, Chile. Pontificia



- Universidad Católica de Chile, 1990.
4. Desantes, José María. La información como deber. Editorial Abaco. Colección de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Austral, Argentina. Primera ed. Buenos Aires, Argentina. 1993.
  5. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
  6. Fernández Esteban, María Luisa. Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales. Ed. Mac Graw Hill. Madrid, España. 1998.
  7. Lessig, Lawrence. El código: y otras leyes del ciberespacio. Trad. Alberola, Ernesto. Ed. Taurus. España. 2001.
  8. Lessig, Lawrence. Free Culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, The Penguin Press. 2004.
  9. Sableman, Mark. Link Law: The emerging law of internet hyperlinks. "Communication Law and Policy", N° 559, septiembre 1999. [www.idrc.com/cyber2.html](http://www.idrc.com/cyber2.html) P. 3.
  10. Stimson, Michael. Damages for infringement of research tool patents: The reasonableness of reach through royalties. En Stanford Technology Law Review. Rev 3. 2003.