

Análisis sobre el proceso de co-construcción entre regulaciones y tecnologías digitales*

Ariel Vercelli

ABOGADO, ESCRIBANO,
MAGÍSTER EN CIENCIA POLÍTICA Y
SOCIOLOGÍA, DOCTOR EN CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANAS DE LA
'UNIVERSIDAD NACIONAL DE
QUILMES', INVESTIGADOR ASISTENTE
DEL 'CONICET', PRESIDENTE DE
'BIENES COMUNES A. C.'
Y LÍDER DE 'CREATIVE COMMONS
ARGENTINA'

INTRODUCCIÓN

El presente artículo forma parte de una investigación más amplia sobre la relación entre las regulaciones y las tecnologías digitales¹. La expansión de las tecnologías digitales e Internet han contribuido a generar nuevas capacidades en la producción de valor intelectual a escala global. Estas nuevas capacidades en manos de los usuarios-finales han producido todo tipo de tensiones [económicas, sociales, jurídico-políticas] y, rápidamente, han favorecido cambios profundos en el 'derecho de autor y derecho de copia'². En este artículo se describen algunos de éstos cambios en la regulación y se analiza cuál es su relación con las tecnologías digitales e Internet. Esta relación se caracteriza como un proceso de co-construcción entre las regulaciones de 'derecho de autor y derecho de copia' y las tecnologías digitales que se utilizan para

gestionar estos derechos sobre las obras intelectuales en los entornos digitales. Estos estudios han tenido una peligrosa desatención en la agenda político-científica de Argentina y la región. El objetivo de esta obra es contribuir al desarrollo de una política nacional y regional sobre la gestión de derechos en los entornos digitales.

NUEVAS CAPACIDADES FAVORECIDAS POR LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES E INTERNET

El 'yin y yang'³ es, sin dudas, el mejor concepto que puede describir el estado actual de la producción y gestión del valor intelectual en tiempos de tecnologías digitales⁴ y redes

* Esta obra intelectual fue escrita para la publicación 'Indicadores Culturales 2009' de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF). Se desarrolló gracias al apoyo brindado por 'BIENES COMUNES Asociación Civil' <http://www.bienescomunes.org/>. La URL para la descarga de la obra es: <http://www.arielvercelli.org/lgdddoydced.pdf>. La obra es Derecho de Autor ©2009, Ariel Vercelli. Algunos Derechos Reservados. Obra liberada bajo la licencia copyleft de Creative Commons Atribución-Compartir Derivadas Igual 2.5 de Argentina. Más información en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>.

¹ Este artículo se basa en ideas y fragmentos de los capítulos primero y segundo de la tesis de doctorado '*Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*' (Vercelli, 2009). La URL para descarga de la tesis es: <http://www.arielvercelli.org/rlbic.pdf>.

² Derecho de copia en este caso no significa la traducción al castellano del concepto en inglés '*copyright*'. Por derecho de copia se entiende una parte constitutiva del derecho de autor. Por su carácter incluyente, el derecho de autor también establece y regula el derecho de copia (Vercelli, 2009). Por tanto, en la obra se utiliza el concepto de 'derecho de autor y derecho de copia' para describir una de las ramas de los derechos intelectuales.

³ El concepto del 'yin y yang' proviene de la filosofía oriental e indica, entre muchos otros sentidos, la existencia de fuerzas opuestas, interdependientes, que se complementan, que buscan constantemente un balance y que conviven una dentro de la otra.

⁴ Las tecnologías digitales utilizan codificaciones binarias [números, símbolos] que son discretas [es decir, limitadas a ciertos valores fijos] y discontinuas [sólo limitadas a algunos estados o bi-estables]. En la actualidad, las tecnologías digitales permiten procesar, codificar, almacenar, transmitir o producir información a gran escala y velocidad.

electrónicas distribuidas (como Internet)⁵. Como nunca antes en la historia de la humanidad, las personas pueden crear obras intelectuales, publicarlas de una forma simple, compartirlas, liberarlas, producirlas en forma colaborativa, o bien, en todo momento, disponer de un acervo infinito de bienes y obras intelectuales a nivel global. Las tecnologías digitales e Internet han favorecido un cambio radical en las capacidades de los usuarios-finales. Entre otros cambios, estas tecnologías han favorecido, fortalecido y renovado el ejercicio directo e inmediato de los derechos de autor y los derechos de copia. A través de estas tecnologías digitales y de las redes distribuidas los bienes intelectuales comunes renacen constantemente y crecen a medida que más se distribuyen obras intelectuales en Internet.

Sin embargo, en el mismo momento, formando parte del mismo proceso, estas tecnologías digitales e Internet también favorecen la clausura, el cercamiento, la privatización y la apropiación de diferentes formas de valor intelectual. Como nunca antes en la historia de la humanidad, las corporaciones comerciales pueden utilizar estas mismas tecnologías para apropiar, concentrar y acumular las obras y bienes intelectuales que los usuarios-finales de Internet producen cotidianamente de forma distribuida. Las tecnologías digitales e Internet también han favorecido, fortalecido y renovado el ejercicio directo e inmediato de apropiar obras y bienes intelectuales a nivel global. Como en la filosofía del yin y yang, el mismo renacimiento y distribución de los bienes intelectuales comunes sirve para que éstos sean apropiados y privatizados. En este sentido, estas tecnologías digitales podrían volver realidad la idea excluyente de la “propiedad intelectual”.

La expansión de las redes electrónicas y el desarrollo de las tecnologías digitales han contribuido a generar cambios radicales en las formas de producir, distribuir, comerciar y gestionar las obras y bienes intelectuales a escala global. Estos cambios tecnológicos también han impactado de forma directa en la arquitectura del derecho de autor y derecho de copia a nivel mundial. Estas regulaciones están adquiriendo una relevancia jurídico-política jamás imaginada hasta hace unos años. En poco más de dos décadas el derecho de autor y derecho de copia pasó de ser una rama del derecho sin mucha relevancia a ser una pieza clave en la producción del valor intelectual, la gestión cultural y la regulación de las sociedades. En la actualidad, estas regulaciones se encuentran atravesadas por profundas tensiones entre la apropiación y liberación de las obras intelectuales. Estas tensiones

están presentes en la vida cotidiana. Se encuentran a cada clic del *mouse*, al momento de escribir un correo electrónico, una entrada en un *blog*, navegar una página web, intercambiar archivos en redes de pares o enviar un mensaje de texto por teléfonos móviles. Al igual que ha ocurrido históricamente con la apropiación de bienes comunes [bienes materiales comunes], en estos momentos el capitalismo global se encuentra en una fase de apropiación de bienes intelectuales que tienen un carácter común.

CAMBIOS EN EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE COPIA

En líneas generales, el derecho de autor y derecho de copia define qué se puede y qué no se puede hacer con los bienes y obras intelectuales. Puntualmente, regula las relaciones sociales que se establecen entre



⁵ Las redes electrónicas (como Internet) pueden describirse como un conjunto de computadoras interconectadas [puntos, nodos, sistemas] por algún medio físico que, operadas a través de un software [programa informático], pueden lograr comunicarse con otras computadoras que están distribuidas espacialmente. La arquitectura de Internet está caracterizada por ser distribuida, abierta y transparente y de producción colaborativa (Lessig, 2001; Benkler, 2006).

[1] los autores [o creadores]⁶, [2] los bienes intelectuales⁷, [3] las obras intelectuales [y sus formas de expresión en soportes⁸], [4] las instituciones comunitarias y estatales vinculadas a la gestión de estos derechos⁹, [5] las empresas y corporaciones comerciales de las industrias culturales¹⁰, y [6] los usuarios y el público en general¹¹. Cada uno de estos elementos describe un aspecto relevante para entender los cambios que se producen en la regulación. El uso masivo de las tecnologías digitales y la expansión de Internet, como red distribuida, abierta y de pares, favoreció un cambio en las formas producción, distribución, comercialización e, incluso, de gestión del valor a nivel mundial. En este sentido, han favorecido importantes cambios en cada uno de los elementos de la regulación.

La progresiva y continua traducción de la información hacia formatos digitales [o digitalización], el abaratamiento de la infraestructura necesaria para su procesamiento

(Moore, 1965) y la utilización de todo tipo de sistemas digitales en la vida cotidiana [trabajo, comercio, familia, educación, etc.] produjo un aumento en las capacidades de los usuarios-finales. Por primera vez en la historia, la digitalización permitió que la copia de obras intelectuales se haga sin pérdida de calidad y que, a su vez, éstas puedan usarse, copiarse y re-producirse infinidad de veces sin costos adicionales. Estas nuevas capacidades generaron tensiones por la gestión del valor en Internet y, rápidamente, se re-significaron nociones relativamente estables del derecho de autor. En pocos años cambiaron radicalmente las nociones de autoría, bienes y obras intelectuales, soportes, industrias culturales o los derechos de los usuarios de estas obras en entornos digitales. Las tecnologías digitales e Internet contribuyeron a hacer más evidente la separación que existe entre los bienes intelectuales, las obras que los expresan y sus soportes (Vercelli, 2006; 2009)¹². En la

⁶ El derecho de autor y derecho de copia tutela el hecho de la creación intelectual por parte de los seres humanos. Los autores son las personas físicas que crean obras intelectuales y, por tanto, son sus titulares originarios. Los tratados, leyes y las normas sociales les reconocen derechos personales sobre sus obras [también llamados morales] y derechos exclusivos para explotar económicamente su producción intelectual. Estos derechos son el reconocimiento de un derecho humano que tiene toda persona para expresarse y decidir libremente cómo hacerlo (Villalba y Lipszyc, 2001; Antequera Parilli, 2007).

⁷ Los autores no crean en el vacío cultural, de la nada. Están insertos en un tiempo y un espacio determinados, están imbuidos de una cultura, tienen incorporados valores y producen a través de conocimientos, técnicas o códigos pre-existentes. Los bienes intelectuales tienen un carácter común, son compartidos, están incorporados y viven en cada persona de forma distribuida. El derecho de autor y derecho de copia regula los bienes intelectuales de forma indirecta. Su objeto específico son las 'obras intelectuales' que se crean con y a través de estos bienes.

⁸ Las 'obras intelectuales' son las expresiones particulares de los bienes intelectuales que realizan los autores. Una obra intelectual siempre es expresada, fijada o exteriorizada en un soporte. Por soporte se entiende un bien de calidad material [físico, tangible] en cuya superficie o interior se registran datos, información, o bien, se expresan bienes de calidad intelectual que alcanzan una protección jurídica por considerarse obras intelectuales [del intelecto humano]. Las obras intelectuales y sus soportes mantienen una relación continua y de interdependencia a través del tiempo (Patterson, 1968; Lessig, 2001; Vaidhyathan, 2004).

⁹ Las instituciones comunitarias y estatales vinculadas a la gestión de los derechos de autor y los derechos de copia median entre los autores y el público usuario de las obras intelectuales. Durante todo el siglo XX las comunidades de artistas y creadores se han asociado entre sí o mediante los Estados para la defensa de sus derechos. En el plano comunitario este proceso generó varias asociaciones civiles con la intención de representar y gestionar colectivamente los derechos de los autores [o de quienes fueran titulares de los derechos] sobre las obras intelectuales.

¹⁰ Las empresas y corporaciones comerciales también regulan las relaciones que se producen entre los autores y los usuarios de obras intelectuales. Éstas pueden ser nacionales o transnacionales y se caracterizan por tener fines de lucro sobre la explotación económica de las obras. Las formas de obtener beneficios económicos a través de estas intermediaciones industriales se definen como 'modelo de negocio' (Slywotzky, 1997; Chesbrough, 2006; Vercelli, 2007).

¹¹ El derecho de autor y el derecho de copia también alcanza a regular qué es lo que pueden o no pueden hacer los usuarios-finales o el público en general con las obras intelectuales. Alcanza a regular a quienes las reciben, interpelean, usan, imitan, copian, reproducen o usan de base para otras obras. La regulación media entre los derechos de los autores y de los titulares derivados [de los derechos patrimoniales] y los derechos de copia y las libertades de expresión, acceso, disposición y asociación de los usuarios-finales.

¹² Esta separación produjo que muchos de los viejos soportes de obras intelectuales [papel, fonogramas, casete o film] pasaran a ser prescindibles. Las redes electrónicas se transformaron en millones de soportes de obras distribuidos e interconectados a nivel global: discos rígidos, teléfonos móviles, consolas de videojuegos, servidores, etc.

actualidad el derecho de autor y derecho de copia se encuentra atravesado por permanentes tensiones, negociaciones y luchas por la defensa de los intereses de autores, titulares derivados, industrias culturales, instituciones de gestión y usuarios-finales.

El derecho de autor y derecho de copia se caracteriza por ser una regulación de carácter incluyente. Es decir, no admite la exclusión perfecta sobre bienes y otras intelectuales. Alcanza a regular tanto los derechos exclusivos de los autores y titulares derivados como los derechos de acceso y disponibilidad de los usuarios-finales. Este carácter incluyente, común a todos los derechos intelectuales, puede observarse a través de varios institutos expresados a nivel internacional. En primer lugar, el derecho de autor y derecho de copia tiene un esquema de excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales [de los autores y titulares derivados]. En segundo lugar, la regulación se basa en el ‘dominio público’ como acervo común de obras intelectuales que quedan disponibles para su uso a través del tiempo¹³. En tercer lugar, al derecho de autor y derecho de copia [y en general a todos los derechos intelectuales] no se les aplica el hecho de la posesión puesto que la regulación alcanza bienes de calidad intelectual¹⁴.

De este carácter incluyente de la regulación surge el ‘derecho de copia’ [o ‘derecho a



copiar’] (Vercelli, 2009). El derecho de copia surge principalmente de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial [de los autores y titulares derivados] y de los usos libres, justos y honrados expresados en las leyes nacionales y tratados internacionales. A su vez, el derecho de copia se complementa a través de otros derechos que surgen de forma dispersa de otras regulaciones. Entre otros, el derecho a la identidad cultural de las personas, el derecho a la diversidad cultural y el libre acceso de todas las personas a la cultura¹⁵. Asimismo, el derecho de copia también surge de forma indirecta a través de las legislaciones que regulan el patrimonio cultural y las regulaciones sobre centros de depósito de obras intelectuales, bibliotecas, museos, archivos generales y demás centros culturales. Finalmente, el derecho de copia surge de la significación positiva de la relación entre los autores y los usuarios de las obras intelectuales y de la utilización de licencias abiertas / libres para compartir estas obras (Vercelli, 2009). El derecho de copia se relaciona directamente con las capacidades de producción, reproducción y disposición de las obras y, en suma, de toda la cultura (Vercelli, 2009).

Uno de los cambios importantes que también han favorecido las tecnologías digitales e Internet es que, justamente, se comenzara a discutir sobre cuál era el “alcance efectivo”

¹³ Cumplido el plazo de protección que establece cada legislación autoral, entre 70 y 80 años luego de la muerte del autor, las obras pasan al ‘dominio público’ [o dominio común, acervo común], y pueden ser reproducidas, derivadas o comunicadas al público por cualquier persona [física o jurídica] sin el pago de ningún tipo de regalía o gravamen. En Argentina existe la figura del dominio público oneroso o pagante que “desnaturaliza” el derecho de autor y derecho de copia exigiendo el pago de un gravamen a favor del Estado Nacional (Fondo Nacional de las Artes).

¹⁴ Para el derecho de autor y derecho de copia y, en general, para todos los derechos intelectuales, no es aplicable el hecho de la posesión sobre los bienes. El instituto de la posesión, fundamental para la regulación del derecho de propiedad sobre bienes de calidad material, no tiene ninguna relevancia para la regulación de las obras intelectuales y de los bienes intelectuales expresados en estas obras. Las obras y bienes intelectuales pueden estar alcanzados por principios de escasez en relación a sus soportes (Vercelli, 2009).

¹⁵ Así está reconocido en la ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Específicamente, están reconocidos en su artículo 27 inciso primero. “Artículo 27, 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”

de las leyes de derecho de autor y derecho de copia sobre la regulación de los entornos digitales. A mediados y finales de la década del noventa, los diferentes intentos por gobernar estos cambios dejaron en evidencia que, en los entornos digitales, las leyes y las tecnologías mantenían una relación estrecha, complementaria y de retro-alimentación (Kapor, 1990; Mitchell, 1995; Barlow, 1996). La construcción y codificación de las mismas tecnologías que componían Internet podían ofrecer soluciones a las tensiones jurídicas sin la intervención de reformas o nuevas leyes. Los estudios sobre las regulaciones en Internet comenzaron a extender su análisis más allá de la esfera legal (Lessig, 1999; 2001; 2006; Vercelli, 2004; 2009). En este sentido, Internet es una red regulada a través de la articulación de todo tipo de leyes, arquitecturas, costumbres, reglas de mercado y códigos digitales (Lessig, 1999, 2006, 2008; Vercelli, 2004; Benkler, 2006). Por ello, el diseño de las tecnologías y de los entornos digitales comenzó a ser también uno de los principales puntos de análisis para entender cómo se gestionan derechos sobre la producción de valor intelectual.

LA GESTIÓN DE DERECHOS EN LOS ENTORNOS DIGITALES

Los procesos descritos afectaron las formas de 'gestión' [o administración¹⁶] de los derechos sobre obras intelectuales. La gestión de derechos puede dividirse al menos en dos instancias o momentos. Por un lado, [1] se encuentran las 'expresiones de los derechos'. Es decir, las construcciones jurídicas donde se expresan los derechos¹⁷. Por el otro, [2] se encuentran los ejercicios directos [concretos, particulares] de estos derechos [reconocidos, declarados, expresados]. Es decir, las interpretaciones y acciones concretas que los diferentes grupos sociales desarrollan en cumplimiento de lo que está expresado¹⁸. Por ser una instancia práctica, el ejercicio de derechos tiene siempre una composición heterogénea que excede y complementa la esfera de expresión de derechos¹⁹. El ejercicio de los derechos de autor y los derechos de copia, a diferencia de sus formas de expresión, conforma un espacio distribuido de infinitas prácticas sobre estos derechos. Es decir, conforma un espacio de ejercicios concretos sobre aquello que los grupos sociales

¹⁶ Los conceptos de gestión y administración para este trabajo significan lo mismo. El primero está más vinculado a los negocios y la tecnología. El segundo se relaciona más con la tradición política del derecho. A los fines de la presente obra se opta por utilizar el concepto 'gestión' para seguir la traducción al castellano del concepto '*management*' presente en los tratados y documentos internacionales sobre derecho de autor y derecho de copia.

¹⁷ La expresión de derechos [o su reconocimiento, declaración, descripción] es el derecho en su parte registrada, documentada, objetivada, en su parte más codificada. Es decir, es el momento donde los derechos se encuentran expresados de alguna forma, donde se describe qué se puede hacer, qué está prohibido, qué permitido y cómo debe ser su ejercicio. En las sociedades modernas se encuentran expresados en tratados, convenios, leyes, decretos, resoluciones, sentencias judiciales, contratos, acuerdos, licencias, etc. Entre otras expresiones relacionadas con el derecho de autor y derecho de copia se pueden citar: el Convenio de Berna, el 'Acuerdo sobre Aspecto de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio' [AADPIC], el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor [TODA] e Interpretación o Ejecución de Fonogramas [TOIEF], alguna medida tecnológica o una licencia abierta.

¹⁸ El ejercicio de derechos [o su ejecución, implementación] es el derecho en su aspecto práctico, donde los derechos se ejecutan a través de la acción y coacción directa sobre una situación determinada [específica, puntual]. Este momento indica la realización de una práctica, indica la concreción de aquello que está expresado legalmente. En el ejercicio de cualquier derecho siempre está implícita la posibilidad del uso de la fuerza o, directamente, se presenta el uso de la misma fuerza. Esta es una instancia de ejecución [*enforcement*]. Por ejemplo, es el momento de cumplimiento efectivo de las penas, sanciones, resoluciones judiciales o administrativas, etc. En esta instancia se hace presente el monopolio legítimo de la violencia física y simbólica del Estado, o bien, de la práctica detallada del ejercicio de la fuerza entre privados [cuando ésta es legítima y legal], sea mediante su ejercicio directo o a través de la ejecución pública.

¹⁹ El ejercicio de éstos siempre se presenta como un híbrido (Latour, 1994). Las leyes y otras formas de expresión de derechos delegan su ejercicio en todo tipo de auxiliares, instituciones, artefactos y tecnologías. Así, el derecho se nutre de policías, cárceles, oficiales de justicia, correos, bancos o, en suma, todo tipo de tecnologías de control (Foucault, 1991). Estas delegaciones de funciones le permiten instituir, encarcelar, sancionar, bloquear, compartir, liberar, en suma, dar cumplimiento efectivo a la expresión de derechos.

interpretan que son sus derechos, sobre lo que pueden o no pueden hacer, sobre sus capacidades de gestión. Los diferentes grupos sociales interpretan las expresiones de derecho [los tratados, leyes, contratos, licencias], traducen sus propios intereses a las situaciones concretas y, finalmente, esta práctica distribuida afecta las expresiones y codificaciones jurídicas.

Así, entre las expresiones de derechos y su ejercicio se presenta una relación circular, de retroalimentación. El análisis de esta relación circular entre la expresión de derechos y sus ejercicios permite observar cómo el cambio tecnológico afecta directamente las formas de gestión de los derechos a través del tiempo. En este sentido, las capacidades de gestión también dependen de las tecnologías disponibles y de los usos que los diferentes grupos sociales hagan de ellas para la gestión de los derechos en un momento histórico determinado (Bijker, 1995; Thomas, 2008). La gestión de derechos de autor y derechos de copia en los entornos digitales es, justamente, un caso típico de expresiones de derechos y de sus ejercicios directos a través de todo tipo de tecnologías digitales. El concepto de 'gestión digital de derechos' [GDD] o, en inglés '*Digital Right Management*' [DRM], puede sintetizarse como la utilización de las tecnologías digitales e Internet para soportar tanto la expresión de derechos como el ejercicio / ejecución de los mismos por parte de autores, titulares derivados, instituciones, estados, empresas o usuarios-finales de las obras intelectuales.

Por las características de Internet algunas formas de gestión digital de derechos acompañaron las formas de producción de las obras intelectuales y la tradición abierta, libre y colaborativa de las redes electrónicas. En este sentido, también las formas de gestión se volvieron más colaborativas, abiertas, menos jerárquicas y acompañaron la producción entre pares que caracteriza a

Por ser una instancia práctica el ejercicio de derechos tiene siempre una composición heterogénea que excede y complementa la expresión de derechos.

Internet (Stallman, 2002; Benkler, 2006). Por el contrario, otras formas de gestión vinculadas a la tradición de las industrias culturales de las corporaciones comerciales pasaron a ser más restrictivas, afectaron el acceso a la cultura, los derechos de copia, la libertad de expresión, la creatividad, la innovación y el carácter común de los bienes intelectuales (Vercelli, 2004, 2009; Lessig, 2006). Estas tensiones se pueden modelizar en dos tendencias sobre las formas de gestión de los derechos de autor y los derechos de copia. Por un lado, [1] un modelo de gestión de derecho de autor basado en sistemas de licencias abiertas / libres de reserva selectiva de derechos de autor y derechos de copia. [2] Por el otro, un modelo de gestión basado en medidas tecnológicas de protección, control y de restricción de acceso a obras intelectuales. A pesar de ser modelos antagónicos, en ambos modelos de gestión existe una vinculación muy estrecha entre la gestión de derechos y las tecnologías digitales.

EL MODELO DE GESTIÓN BASADO EN LICENCIAS ABIERTAS / LIBRE

Además de un aumento en las capacidades de producción de obras intelectuales, las tecnologías digitales e Internet produjeron un incremento en las capacidades de gestión de estas obras en manos de los usuarios-finales. Cualquier autor [con acceso a Internet] puede expresarse libremente, producir, divulgar y comunicar al público su obra intelectual de forma directa y sin las mediaciones de los grupos sociales intermediarios de las industrias culturales. El ejercicio de los derechos de autor y los derechos de copia en el entorno digital tienen una forma básica, simple y directa. En este sentido, el derecho de autor y el derecho de copia se han visto fortalecidos en los entornos digitales. Los derechos descritos están expresados y garantizados a nivel mundial²⁰. Esta forma básica, elemental,

²⁰ Están reconocidos [indirectamente] en el artículo 8 del TODA cuando expresa que, sin perjuicio de lo establecido en el Convenio de Berna [11.1)ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1)], los autores gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras [por medios alámbricos o inalámbricos].

que se dirige a todos los creadores de obras intelectuales a nivel mundial para gestionar sus derechos de autor y de copia en los entornos digitales fue desatendida por los Tratados Internet de la OMPI. No obstante, esta carencia de los tratados específicos del entorno digital puede suplirse con la robusta vigencia del Convenio de Berna y otros tratados, declaraciones y legislaciones a nivel nacional que reconocen estas libertades en los autores.

La posibilidad de utilizar Internet como un medio de producción colaborativa generó un movimiento por la liberación de la cultura [librecultura]. Este movimiento se caracteriza utilizar el derecho de autor y derecho de copia para compartir las obras intelectuales más que para restringir su acceso, uso o disponibilidad. El movimiento tiene sus orígenes en el inicio de Internet y, con mayor fuerza, se extendió por la década del ochenta de la mano de los movimientos por el software libre y el concepto de copyleft (Stallman, 2002, Lessig, 2004; Boyle, 2008). Con algunas diferencias, el movimiento continuó a través del proyecto Creative Commons y sus licencias abiertas. Las licencias son instrumentos jurídicos de carácter privado que permiten expresar los derechos de autor y los derechos de copia en los entornos digitales. Las licencias les permiten a los creadores escoger selectivamente qué derechos se reservan y qué derechos liberan sobre sus obras. En el caso del software libre la regulación se articuló mediante la 'Licencia Pública General' [GPL] de la 'Fundación para el Software Libre' (Stallman, 2002; Benkler, 2006). A su vez, Creative Commons diseñó una plataforma tecnológica a través de la cual puso a disposición de los usuarios-finales un sistema de licencias abiertas que creó un nuevo lenguaje para la auto-gestión de los derechos de autor y los derechos de copia a nivel global (Vercelli, 2009a; 2009b)²¹.



EL MODELO DE GESTIÓN BASADO EN MEDIDAS TECNOLÓGICAS

El otro modelo de gestión de derechos de autor y derechos de copia que se presenta como una tendencia a nivel global es el que hace uso de medidas tecnológicas para la protección, control y restricción de las obras intelectuales. La sola expresión de los conceptos 'medidas tecnológicas' y 'medidas legales' [que tipifican la elusión de dichas tecnologías] en los Tratados Internet de la OMPI abrieron la posibilidad de que los autores [o titulares derivados de las industrias culturales] puedan utilizar todo tipo de tecnologías para restringir a terceros los usos no autorizados en la comunicación pública de las obras intelectuales. Esta forma de expresión de derechos en los Tratados Internet permitió que diferentes corporaciones comerciales comenzaran a producir artefactos y diseños tecnológicos orientados a la gestión de derechos en los entornos digitales. Sin embargo, muchas de estas medidas han producido en la práctica serias violaciones a derechos básicos de los usuarios e, incluso, a la letra misma de los Tratados Internet.

La idea de bloquear el acceso y controlar preventivamente [ex-ante] los posibles usos sobre una obra intelectual a través de medidas tecnológicas modificó la arquitectura incluyente que caracterizó históricamente al derecho de autor y derecho de copia. Las medidas tecnológicas habilitaron la posibilidad de que, a través de artefactos tecnológicos, los derechos de autor sobre una obra intelectual pudieran gestionarse como si fueran derechos de propiedad sobre bienes materiales. De esta forma, las medidas tecnológicas permitieron la exclusión perfecta de los terceros frente a las obras y bienes intelectuales. Estas formas de gestión fueron construidas a la medida de los intereses de las corporaciones comerciales de las industrias

²¹ Este modelo de gestión todavía no alcanzan una articulación con las instituciones estatales y comunitarias que gestionaban el derecho de autor en la era pre-Internet.

culturales. El elevado costo y la complejidad de las medidas tecnológicas en la práctica hacen que éstas sean imposibles de usar de forma directa por los creadores de obras fuera de los circuitos de las industrias culturales (Vercelli, 2009). Estos modelos de gestión de derechos a través de medidas tecnológicas pueden bloquear el ejercicio legítimo de los usos honrados y justos, el derecho de copia o el ejercicio de las limitaciones y excepciones los derechos patrimoniales de autor²².

EL PROCESO DE CO-CONSTRUCCIÓN ENTRE REGULACIONES Y TECNOLOGÍAS

A pensar de sus diferencias y particularidades, los dos modelos de gestión descritos también muestran elementos comunes y correspondencias fundamentales para las conclusiones de este análisis. En ambos modelos de gestión la relación que mantienen las expresiones legales y el ejercicio práctico de los mismos está atravesada por las tecnologías digitales. Así, de forma correspondiente, el alcance de las tecnologías digitales utilizadas para la gestión de derechos está directamente condicionado por todo tipo de codificaciones jurídicas y expresiones de derechos. De esta forma, tanto los diseños de entornos digitales para soportar los sistemas de licencias abiertas como las medidas tecnológicas son híbridos que articulan regulaciones [de derechos de autor y derechos de copia] y tecnologías digitales [orientadas a la gestión de estos derechos]. Es decir, estos modelos son tanto regulaciones como tecnologías digitales.

La relación entre regulaciones y tecnologías es profunda, capilar, silenciosa, poco evidente. En muchas oportunidades, ambas instancias no se pueden diferenciar en la práctica. Las regulaciones de derecho de autor y derechos de copia han contribuido a producir cambios en las formas de diseñar y construir las mismas tecnologías digitales e Internet. En forma correspondiente, las tec-

nologías digitales e Internet han contribuido a producir importantes cambios en las formas de diseñar y construir las regulaciones a través de las cuales se gestionan los bienes y obras intelectuales. En este sentido, el derecho de autor y derechos de copia y las tecnologías digitales para su gestión en los entornos digitales mantienen una relación circular, simbiótica, de inter-dependencia. Ambas instancias se articulan, retroalimentan, cambian, co-evolucionan, co-varían, se construyen simultáneamente como parte de un mismo y único proceso a través del tiempo. Ambas instancias conforman un proceso de negociación, tensión y determinación recíproca.

Esta relación se define como un proceso de “co-construcción” entre las regulaciones de bienes y obras intelectuales [específicamente, el derecho de autor y el derecho de copia] y las tecnologías digitales orientadas a su gestión [es decir, las mismas tecnologías digitales que componen Internet y todo tipo de entornos digitales]. Esta relación de co-construcción entre ambas instancias es amplia, extendida y afecta la arquitectura de la red y, por tanto, la política de toda la Internet. La co-construcción indica que, en el mismo momento [en el mismo acto, simultáneamente] se construyen regulaciones para tecnologizar las sociedades y tecnologías para regular las sociedades. Es decir, por un lado, se producen regulaciones para tecnologizar la gestión de derechos de autor y derechos de copia y, por el otro, se producen tecnologías para regular la gestión de estos mismos derechos. Por ello, este proceso de co-construcción está presente en cada uno de los artefactos tecnológicos producidos para la gestión de derechos. Las regulaciones y las tecnologías digitales co-construidas se orientan a controlar procesos, conductas y espacios según los intereses de los grupos sociales. Los procesos descritos son muy relevantes para el desarrollo de una política nacional / regional sobre la gestión de derechos en la era digital. ●

²² Estas formas de gestión están en todo momento en tensión frente a los mismos tratados [Tratados Internet] que les dieron reconocimiento expreso a nivel internacional. Por estar incluidas en la gestión de derechos, a las medidas tecnológicas se les aplica la declaración concertada del artículo 12 del TODA [misma referencia en TOIEF]. Las partes contratantes no se basarán en estas medidas tecnológicas para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades o que impidan el ejercicio de derechos en virtud del Convenio de Berna y de los mismos Tratados Internet.

BIBLIOGRAFÍA

- Antequera Parilli**, R. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Editorial Reus. Madrid. 2007.
- Barlow**, J., P. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Disponible en <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. 1996, 8 de febrero.
- Benkler**, Y. *The wealth of the networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. Yale University Press. Estados Unidos de Norteamérica. 2006.
- Bijker**, W. *Of Bicycles, Bakelites, and Bulbs: Toward a Theory of Sociotechnical Change*. MIT Press. Cambridge, MA. 1995.
- Boyle**, J. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Caraban Books. Estados Unidos de Norteamérica. 2008.
- Chesbrough**, H. *Open Business Models: How to thrive in the new innovation landscape*. Harvard Business School Press. Boston. 2006.
- Convenio de Berna**. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Diponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wooo01.html. 1886.
- Declaración Universal de los Derechos humanos**. Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. 1948.
- Foucault**, M. *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI. Buenos Aires. 1991.
- Kapor**, M. *The Software Design Manifesto*. Disponible en <http://hci.stanford.edu/bds/1-kapor.html>. 1990.
- Latour**, B. *Jamais Fomos Modernos*. Editora 34. Rio de Janeiro. 1994.
- Lessig**, L. *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books. Nueva York. 1999.
- Lessig**, L. *The future of the ideas: the fate of the commons in a connected world*. Random House. Nueva York. 2001.
- Lessig**, L. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Penguin Press. Nueva York. 2004.
- Lessig**, L. *Code: Version 2.0*. Basic Books. Nueva York. 2006.
- Lessig**, L. *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Penguin Press. Nueva York. 2008.
- Mitchell**, W. *City of Bits: Space, Place and Infobahn*. MIT Press. Cambridge. 1995.
- Moore**, G., E. Cramming more components onto integrated circuits. *Electronics Magazine*. Disponible en ftp://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.Pdf. (1965).
- OMC**. Anexo 1C. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio [AADPIC]. Organización Mundial de Comercio [OMC]. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf. 1994.
- OMPI**. Tratado de la OMPI sobre los Derechos de Autor. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>. (1996a).
- OMPI**. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>. (1996b).
- Patterson**, L., Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Vanderbilt University Press. Estados Unidos de Norteamérica. 1968.
- Slywotzky**, A. *La migración del valor de la empresa: Cómo evitar la desvalorización de la empresa anticipándose a las estrategias de la competencia*. Paidós. Barcelona. 1997.
- Stallman**, R., M. *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. GNU Press. Boston. 2002.

- Thomas**, H. Estructuras cerradas vs. procesos dinámicos: trayectorias y estilos de innovación y cambio tecnológico. En Hernán Thomas y Alfonso Buch (Eds), *Actos, actores y artefactos: Sociología de la Tecnología*. (pp. 217-262). Universidad Nacional de Quilmes. Bernal. 2008.
- Vaidhyathan**, S. *The anarchist in the library: How the Clash Between Freedom and Control is Hacking the Real World and Crashing the System*. Basic Books. New York. 2004.
- Vercelli**, A. *La Conquista Silenciosa del Ciberespacio: Creative Commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo en Internet*. Disponible en <http://www.arielvercelli.org/lcsdc.pdf>. 2004.
- Vercelli**, A. *Aprender la Libertad: el diseño del entorno educativa y la producción colaborativa de los contenidos básicos comunes*. Disponible en <http://www.aprenderlalibertad.org/aprenderlalibertad.pdf>. 2006.
- Vercelli**, A. *Pensando los modelos de negocios abiertos: entre la innovación y la gestión estratégica de los bienes intelectuales*. Disponible <http://www.negociosabiertos.com/?p=12>. (2007, 19 de febrero).
- Vercelli**, A. *Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*. Disponible en <http://www.arielvercelli.org/rlbic.pdf>. 2009a.
- Vercelli**, A. *Guía de licencias Creative Commons [Versión 2.0]*. Disponible en <http://www.arielvercelli.org/gdlcc2-o.pdf>. 2009b.
- Villalba**, C., Lipszyc, D. *El derecho de autor en la Argentina*. La Ley. Buenos Aires. 2001.

