

La gestión de derechos en el entorno digital¹

análisis socio-técnico sobre las regulaciones de derecho de autor

Versión 1.1²

Por Ariel Vercelli

Sobre el Autor:

Ariel Vercelli es becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas [CONICET] y candidato a doctorado por la Universidad Nacional de Quilmes. Es presidente de la ONG Bienes Comunes <http://www.bienescomunes.org/> y líder de Creative Commons Argentina. Es Magister en Ciencia Política y Sociología de la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales [FLACSO] y, entre otros, Postgrado en 'Informatización Nacional' de la Agencia Coreana para las Oportunidades y la Promoción Digital [KADO], Postgrado en Opinión Pública y Medios de Comunicación de FLACSO. Es autor de dos libros y numerosos artículos sobre la temática regulativa en Internet. Es Abogado de la Universidad Nacional de Mar del Plata y Escribano por la Universidad Nacional de Rosario. Más información en: <http://www.arielvercelli.org/>

Resumen de la obra:

El presente trabajo es parte de una investigación más amplia sobre la relación socio-técnica entre el diseño de las tecnologías y la regulación de sociedades. En este artículo se analiza la gestión del derecho de autor en el entorno digital como un proceso de co-construcción entre sus partes 'jurídico / legales' y 'tecnológicas'. Para ello, se analiza la gestión de derechos en función de su expresión y ejercicio práctico. Asimismo, se describe el proceso de co-construcción de las medidas tecnológicas como una parte del ejercicio de los derechos de autor. Los procesos de co-construcción y las nuevas formas regulativas vinculadas al diseño de la tecnología definen el futuro político, cultural, social y económico de nuestras sociedades. El artículo tiene por finalidad alentar y fortalecer la discusión política sobre estas nuevas formas estratégicas de regulaciones a escala regional y global.

Palabras clave: regulaciones, tecnologías, medidas tecnológicas, co-construcción

[1] El artículo en su versión 1.1 forma parte de los trabajos preliminares realizados como becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas [CONICET] bajo la dirección del Dr. Hernán Thomas en el Instituto de Estudios Sociales sobre la Ciencia y la Tecnología de la Universidad Nacional de Quilmes [IESCT-UNQ]. El artículo base, en su versión 1.0, fue producido en el contexto del curso intensivo sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (2007) dirigido por Delia Lipszyc en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en el artículo sólo corresponden al autor.

[2] La presente Versión 1.1 es Derecho de Autor © 2007 Ariel Vercelli. Algunos Derechos Reservados. Obra liberada bajo licencia [Creative Commons Atribución - Compartir Derivadas Igual 2.5 de Argentina](http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/). Más información en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>

La gestión de derechos en el entorno digital

análisis socio-técnico sobre las regulaciones de derecho de autor

[1] Introducción

El presente trabajo es parte de una investigación más amplia sobre la relación socio-técnica entre el diseño de las tecnologías y la regulación de sociedades. En este artículo se analiza la gestión del derecho de autor en el entorno digital como un proceso de co-construcción entre sus partes 'jurídico / legales' y 'tecnológicas'. Para ello, se analiza la gestión de derechos en función de su expresión y ejercicio práctico. Asimismo, se describe el proceso de co-construcción de las medidas tecnológicas como una parte del ejercicio de los derechos de autor. Los procesos de co-construcción y las nuevas formas regulativas vinculadas al diseño de la tecnología definen el futuro político, cultural, social y económico de nuestras sociedades. El artículo tiene por finalidad alentar y fortalecer la discusión política sobre estas nuevas formas estratégicas de regulaciones a escala regional y global.

[2] El entorno digital y el derecho de autor

El desarrollo exponencial que han tenido los 'sistemas digitales'³ en la segunda parte del siglo XX ha sido considerado como un factor de cambio radical a nivel social, económico y político. A partir del desarrollo de la 'computación electrónica digital', de las 'computadoras personales' y, sobre todo, del surgimiento de Internet como una red distribuida y entre pares, los usuarios-finales comenzaron a utilizar masivamente sistemas digitales. La progresiva y continua traducción de información hacia formatos digitales [digitalización] y el abaratamiento de la infraestructura para su procesamiento le permitió a los usuarios-finales un aumento significativo de sus capacidades. La digitalización aumentó exponencialmente su capacidad de acceder, producir, compartir y copiar [sin pérdida de calidad y, prácticamente, sin costo alguno] todo tipo de obras intelectuales.

El proceso de digitalización también contribuyó a hacer más evidente la separación entre [1] los bienes intelectuales y las obras que los expresan⁴ y [2] sus soportes⁵. Muchos

[3] Los sistemas digitales son formas de ingresar, procesar, almacenar, transmitir, exhibir, producir datos. Los sistemas digitales, a diferencia de los analógicos, usan números o símbolos discretos o discontinuos como, por ejemplo, los números binarios [ceros (0) y unos (1)].

[4] Los bienes intelectuales se expresan en obras del intelecto humano y, por tanto, están contenidos en soportes materiales [ver siguiente nota]. Los bienes intelectuales en sí mismos son abstractos, dinámicos y tienen la capacidad de traducirse constantemente hacia nuevas obras y soportes. La diferencia entre bienes intelectuales, expresión de esos bienes en obras y sus diferentes soportes es importante a los fines de esta investigación. Los bienes materiales y los intelectuales se oponen. En este sentido, tanto las leyes aplicables como sus sistemas regulativos también se oponen.

[5] Por soporte se entiende un bien de carácter material-físico-tangible en cuya superficie o interior se registran datos, información, o bien se expresan bienes de calidad intelectual en formato de obras [intelectuales]. Los soportes pueden ser el papel, la cinta magnética, un 'disco compacto' [DC], un 'disco digital versátil' [DVD], el 'disco rígido' [DR] de una computadora personal [CP], los 'servidores distribuidos por Internet', o bien, entre muchos otros, una 'memoria electrónica de almacenamiento portátil'.

de los viejos soportes de almacenamiento de obras intelectuales [papel, fonogramas, casete o film] pasaron a ser prescindibles y, rápidamente, comenzaron a desarrollarse nuevos medios de producción de valor a escala global. Esto permitió que las obras intelectuales puedan ser producidas directamente en formato digital, que se puedan compartir a través de redes distribuidas y que puedan ser copiadas, derivadas y transportadas hacia diferentes soportes cada vez más portátiles (Vercelli, Thomas 2007 b).

Los desarrollos descritos y el surgimiento de una cultura digital permitieron que Internet sea considerada más un medio de producción de obras culturales que un canal de distribución de obras masivo y centralizado de la industria cultural (Vercelli, 2006). Estos cambios también han traído serios desajustes para muchos de los actores clásicos de la industria cultural⁶. Por ello, la mayoría de las regulaciones legales a nivel internacional sólo han enfocado sobre estos nuevos problemas “industriales” del entorno digital. Sin embargo, a pesar de estas tendencias, las tecnologías digitales e Internet han significado un incremento sustantivo en las capacidades de expresión y ejercicio derechos en manos de los usuarios-finales. En este sentido, el derecho de autor se ha visto fortalecido.

[3] Un nuevo escenario para el derecho de autor

En la década del noventa el derecho de autor comenzó a tener un nuevo escenario a nivel mundial. Surgieron nuevas tensiones políticas, económicas y tecnológicas. Como otras veces, estas tensiones se ubicaron en las posibles formas de controlar la producción del valor a nivel global. Los cambios más profundos comenzaron a observarse en las formas de 'gestión / administración'⁷. Sintéticamente, se ubicaron en la capacidad de gestión de derechos sobre obras intelectuales que iban a tener los 'autores / creadores' y las corporaciones comerciales de las industrias culturales a nivel global⁸. Esta tensión política, típicamente neoliberal, atravesó toda la década del noventa y se extendió hasta nuestros días. En la actualidad, si bien existen nuevos actores, la discusión central es la misma⁹.

En esta década se firmaron tres nuevos tratados internacionales sobre derecho de autor. El primero de ellos, en 1994, fue el 'Acuerdo sobre Aspecto de los Derechos de

[6] Las corporaciones comerciales de la industria cultural [titulares de derechos y distribuidoras de obras musicales, literarias, películas, videojuegos] han mantenido una relación ambivalente con las tecnologías digitales e Internet. Por un lado, han aprovechado su capacidad de producir valor de forma distribuida, inmediata e interactiva. Por el otro, estas capacidades y su potencialidad se han transformado en una amenaza constante para muchos de los modelos de negocios basados en la comercialización de obras intelectuales según sus soportes.

[7] 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 vincula más con la tradición política del derecho. A los fines de esta monografía se opta por utilizar el concepto gestión para seguir la traducción del concepto '*management*' en documentos internacionales.

[8] En este sentido, ¿es lo mismo hablar de 'autores / creadores' que de titulares de derechos de autor? ¿Es necesario hacer algún tipo de aclaración diferenciación entre estos grupos? Por ejemplo, en el AADPIC se utiliza por defecto el concepto de titular de derecho de autor. La peligrosa confusión entre quienes son 'autores / creadores' de obras intelectuales y quienes pueden ser en un segundo momento sus 'titulares / derecho habientes' es una diferencia central para comprender las regulaciones de derechos de autor a nivel mundial. Esto permite comprender también las diferencias que existen entre la cultura y sus industrias culturales.

[9] Las entidades de gestión colectiva de derecho de autor también tienen un rol central en esta discusión política. Sin embargo, debido al espacio limitado del presente trabajo éstas quedarán fuera del análisis. Serán incorporadas en versiones posteriores.

Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio' [AADPIC]¹⁰ que se firmó dentro de la Organización Mundial de Comercio [OMC]. Este acuerdo pretendió otorgar a las industrias de la época una instancia de aplicabilidad directa a la gestión sobre bienes intelectuales. En este caso se optó por soluciones y remedios legales¹¹. La intromisión del derecho comercial internacional en la regulación de los bienes y obras intelectuales y sus soportes dio comienzo a una etapa de técnica legislativa confusa y búsqueda de aparentes soluciones “eficaces y justas” que no alcanzaron el resultado esperado.

Pocos años después, en 1996, parte de esta tendencia por la búsqueda de soluciones, remedios y medidas [para volver más práctico el ejercicio de derechos] también se vio reflejada en los 'Tratados Internet' de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. Específicamente, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor [TODA]¹² y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas [TOIEF]¹³. Los 'Tratados Internet'¹⁴, ya en la órbita de la OMPI, fueron diseñados para actualizar y complementar los Tratados internacionales existentes sobre derecho de autor y derechos conexos¹⁵. En éstos no sólo se intentaron soluciones y remedios legales para una gestión de derechos más eficiente. También se legislaron medidas tecnológicas de 'protección / restricción' (Lipszyc, 2003, 2004; Antequera Parilli, 2007). En los siguientes apartados se analiza el concepto de 'gestión / administración' de derechos.

[4] Análisis de la gestión de derechos

El derecho es una construcción compleja y de composición heterogénea (Vercelli, 2004). Aunque muchas veces no se perciba, la gestión del derecho también comparte estas mismas características. El concepto de gestión de derechos engloba todas aquellas diligencias, procedimientos, instituciones o tecnologías que sean conducentes tanto para la 'expresión' de los derechos como para su 'ejercicio' directo. En este sentido, toda gestión se basa, por un lado, en el establecimiento de leyes, decretos, licencias, contratos, resoluciones

[10] Según el Anexo 1C, 'Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio' [Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs por sus siglas en inglés]. Firma del acta final el 15 de abril de 1994 en Marrakech; última vista el 20 de septiembre de 2007. [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf].

[11] Al respecto pueden observarse los artículos 41 a 49 sobre procedimientos civiles y administrativos. Asimismo, los artículos 51 a 62 donde se establecen medidas y sanciones relacionadas con ilícitos en las fronteras y otros procedimientos. En el caso del AADPIC estas medidas y soluciones se enfocaron directamente sobre los soportes materiales, las mercancías y las posibles falsificaciones más que sobre la protección de los autores y sus obras intelectuales propiamente dichas. En este sentido, el AADPIC sólo reguló cuestiones típicas de la industria de la década del noventa.

[12] El 'Tratado de la OMPI sobre los Derechos de Autor' o al inglés el 'WIPO Copyright Treaty [WCT]' [<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>], fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. [Últimas visitas el 20 de septiembre de 2007].

[13] El 'Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas' o al inglés, el 'WIPO Performances and Phonograms Treaty [WPPT]', [<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>], fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. [Últimas visitas el 20 de septiembre de 2007].

[14] Ambos Tratados fueron adoptados por consenso por más de 100 países dentro de la OMPI y entraron en vigor con la ratificación de 30 Estados Miembros; el TODA el 6 de Marzo de 2002 y el TOIEF el 20 de Mayo de 2002.

[15] La Convención de Berna y la Convención de Roma. Los Tratados también complementan el AADPIC de la OMC [en algunas partes relativas a los programas de computación y a las bases de datos], actualizan temas no referidos a tecnologías digitales [como el derecho de comunicación pública] y se abocan al impacto de las tecnologías digitales. Por el momento son los únicos Tratados internacionales que se abocan a los derechos de autor en la era digital.

administrativas, sentencias judiciales, acuerdos, etc. y, por el otro, en el ejercicio directo de estos derechos reconocidos / declarados / expresados. Vale decir, la gestión del derecho puede dividirse en al menos dos instancias o momentos bien diferenciables¹⁶:

[1] La **expresión de derechos** [o su reconocimiento, declaración, descripción]. Es el derecho en su parte 'codificada / documentada', donde los derechos se encuentran expresados de alguna forma, donde se describe qué se puede hacer, qué está prohibido y qué permitido. Los derechos en las sociedades modernas se encuentran codificados en leyes, decretos, contratos, licencias y, en suma, en todo tipo de normas escritas [más o menos formales] emanadas de una autoridad pública o de la autonomía de la voluntad de personas físicas o jurídicas de carácter privado. De esta forma, para que se declare un nuevo derecho es necesario que se sigan los procedimientos legítimos. Asimismo, la autonomía de la voluntad caracteriza los contratos entre particulares y, por ejemplo, da nacimiento a todo tipo de organizaciones mixtas o no gubernamentales¹⁷.

[2] El **ejercicio de derechos** [o su implementación, ejecución]. Es el derecho en su parte práctica, donde los derechos se encuentran en su rol de acción y coacción directa sobre una situación determinada. Este momento indica la realización de algo, por ejemplo, una acción, un procedimiento o cualquier otra cosa que es llevada a la práctica. En el ejercicio de cualquier derecho siempre está implícita la posibilidad del uso de la fuerza o, directamente, el uso de la fuerza misma. Esta es una instancia de ejecución [*enforcement*]. Es el momento de cumplimiento efectivo a las penas, sanciones, resoluciones judiciales, administrativas o del uso directo e inmediato de la fuerza, sea esta pública o, en algunos casos, de carácter privado [cuando ésta es legítima y legal¹⁸].

A su vez, el ejercicio de los derechos también tiene dos formas temporales bien definidas. El ejercicio de un derecho puede también ser [1] 'ex post facto'¹⁹ o bien [2] 'ex ante facto'²⁰. La temporalidad remite siempre a un hecho o acto concreto. Vale decir, ex post es una acción que se da una vez que sucede algo o existe un cambio de estado. Una acción ex post intenta [de]volver las cosas a su estado original / anterior, al estado de indemnidad

[16] A pesar de su aparente distancia, estos dos momentos de lo jurídico mantienen una estrecha relación y, de hecho, se retroalimentan constantemente. Ambos están sujetos a una constante significación y sometidos a las mismas luchas políticas agonales y negociaciones típicas de las posiciones jurídicas.

[17] En este sentido, el derecho tiene la posibilidad de crear cosas, entidades, de darles nombres, de dar funciones, de otorgar cierta clase de existencia. Cuando los poderes políticos, instituciones públicas y personas jurídicas de carácter público 'expresan / declaran' estos derechos nos encontramos en presencia de leyes, decretos, sentencias judiciales, mandamientos y todo otro instrumento público heterónomo emanado de estos poderes. Cuando son personas de carácter privado [sean estas personas físicas o jurídicas] la 'expresión / declaración' de derechos surge de su propia capacidad de dictarse las normas. Vale decir, surge de la autonomía de sus voluntades. Entre los privados estas voluntades se expresan mediante contratos que valen y obligan como la ley misma. En el mismo sentido, cuando son personas de carácter mixto [públicas y privadas] o asociaciones civiles, fundaciones u otras formas de abiertas donde las comunidades se expresan de forma directa nos encontramos frente a la misma autonomía de la voluntad. En el caso comunitario también se activan otras formas de expresar estos derechos.

[18] Este momento responde a los procedimientos, remedios, soluciones para la aplicación de la fuerza física. La parte jurídica que regula este momento es un gigantesco manual de procedimientos para la aplicación de la fuerza. En ella se describe cómo y quién/es dan fuerza a aquello que fue expresado, declarado e interpretado legalmente o de aquello que tiene la fuerza de ley entre partes privadas. Es el momento de la coacción. Es la instancia de la utilización del monopolio legítimo de la violencia física / simbólica por parte del estado o bien la práctica detallada y, muchas veces oculta, de las formas de ejercicio de la fuerza entre privados [sea mediante un ejercicio directo de la fuerza o mediado por la instancia de ejecución pública]. Esta instancia de ejecución siempre se da en situaciones y casos concretos, con personas específicas y en un tiempo y lugar determinados.

[19] Proveniente del latín 'ex post facto' e indica cuando algo ocurre luego de un hecho puntual.

[20] Proveniente del latín 'ex ante facto' e indica cuando algo ocurre antes de un hecho puntual.

previo al hecho o acto de cambio. Al contrario, el ejercicio de un derecho ex ante es una forma de acción que se da antes de que algo suceda o que cambie un estado. Una acción ex ante intenta evitar o prevenir que algo suceda o que se cambien determinadas condiciones. Estas formas temporales también afectan y definen el ejercicio de los derechos.

[5] La expresión del derecho de autor en los Tratados Internet

El concepto de gestión de derechos en el entorno digital indica, entonces, la pretensión de utilizar las tecnologías digitales para soportar tanto la parte de expresión de derechos como la parte de 'ejercicio / ejecución' de los mismos. La justificación que tenían los Tratados de mediados de la década del noventa era volver práctico [en lo posible automático] el funcionamiento de las licencias y condiciones de uso sobre las obras intelectuales. En este sentido, los artículos 11 y 12 del TODA y 18 y 19 del TOIEF describen la parte de expresión de derecho de la agenda digital. También definen el ejercicio de algunos derechos e incluyen como novedad las medidas tecnológicas. Específicamente, los Tratados definen dos puntos centrales para el análisis:

[1] La **información sobre la gestión de derechos**. El artículo 12 inciso 2 del TODA [y el 19 inciso 2 del TOIEF en igual sentido] expresa que 'información de gestión' es toda aquella información electrónica que: [a] identifica la obra; [b] al autor de la obra; [c] al titular de cualquier derecho sobre la obra; [d] cualquier otra información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras; y [e] todo número o código que represente tal información. Además, para ser considerada información sobre la gestión, todas estas informaciones [o elementos de la gestión] deben estar adjuntos a un ejemplar de una obra o deben figurar en relación con la comunicación al público de la misma. Vale decir, se incluyen en esta referencia todas las formas de expresión que decidan los autores para ejercer sus derechos²¹.

A su vez, el artículo en su primera parte establece las obligaciones que las partes contratantes al Tratado deben respetar. A saber, establece los recursos jurídicos efectivos para aquellos que quieran ejercer sus derechos o protegerse de quienes supriman o alteren sin autorización esta información sobre la gestión de derechos o de quienes permitan o colaboren en esta violación. Asimismo, en la 'declaración concertada' respecto del artículo 12 [misma referencia en TOIEF] se define el alcance e interpretación de la gestión de derechos en el entorno digital. Vale decir, se define tanto la 'expresión' de derechos como el 'ejercicio' de estos mismos derechos. Por esta declaración las partes contratantes no pueden basarse en el articulado de los Tratados para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades o que impidan el ejercicio de

[21] Estas referencias pueden ser muy variadas. Pueden ser lenguajes, formatos, entornos, etc. Por ejemplo, HTML, XML, RDF, estándares, metadatos, etc. Entre otra información relevante, se describen el precio, las licencias, las condiciones de uso, los identificadores, los códigos que identifican las obras [isbn / issn, etc].

derechos en virtud del Convenio de Berna y de los Tratados de Internet.

[2] Las **medidas tecnológicas**. El derecho de autor le otorga a los creadores el derecho absoluto [derecho moral] de decidir la publicación de su obra. A su vez, les otorga la facultad de controlar las formas de su comunicación pública. Así, los terceros no pueden hacer uso de las obras intelectuales sin los permisos correspondientes. En el artículo 11 del TODA [y el 18 del TOIEF en igual sentido] se expresa la facultad reconocida a los autores de utilizar medidas tecnológicas para restringir actos por ellos no autorizados sobre sus obras. En el mismo sentido, el artículo establece que las partes contratantes se obligan a proporcionar una protección jurídica adecuada y a establecer recursos jurídicos efectivos contra la acción de terceros de eludir las medidas tecnológicas [efectivas] que el mismo autor haya decidido utilizar en ejercicio de sus derechos.

Por lo general el lenguaje de los tratados internacionales es lo suficientemente amplio y flexible como para permitir una adecuada implementación de la normativa por parte de los gobiernos nacionales²². Lamentablemente, los Tratados Internet tienen ciertas deficiencias que exceden una aceptable ambigüedad [constructiva] en sus expresiones. Si bien estos Tratados le dan un rol central a las medidas tecnológicas de 'protección / restricción', en ningún momento en el cuerpo legal se las define o delimita. No obstante, al ser parte de la gestión de derechos, a las medidas tecnológicas se les aplica la declaración concertada del artículo 12 [misma referencia en TOIEF]. Vale decir, las partes contratantes no se basarán en estas medidas para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades o impidan el ejercicio de derechos en virtud del Convenio de Berna y de los Tratados de Internet.

[6] El ejercicio de derecho de autor en los Tratados Internet

Internet es una red distribuida y de pares donde cualquier 'autor / creador' puede producir y distribuir su obra de forma directa y sin mediación (Vercelli, 2004). En este sentido, el ejercicio de los derechos de autor en el entorno digital tiene una forma básica, simple y directa. El autor tiene en todo momento la posibilidad de ejercer su derecho de autor para expresarse libremente y 'publicar / comunicar' su obra a nivel global. Así lo establece 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 intelectuales [por medios alámbricos o inalámbricos]. Lamentablemente, esta forma básica, elemental y dirigida a todos los 'autores / creadores' a nivel mundial para gestionar sus

[22] Los Tratados Internet han sido la base de numerosas legislaciones locales y regionales. Por ejemplo, entre las más importantes, la Digital Millenium Copyright Act de los Estados Unidos de Norteamérica y la Directiva de Derecho de Autor de la Unión Europea. En mayo de 2001 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la directiva 2001/29/EC para armonizar ciertos aspectos del derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información. Los estados miembros de la Unión Europea implementaron la directiva 2002. Existen varios casos también en América Latina.

derechos fue desatendida por los Tratados Internet. Esta carencia de los Tratados puede, no obstante, suplirse con la robusta vigencia del Convenio de Berna.

La incorrecta técnica legislativa²³ sobre la definición de la gestión de derechos ha producido también otros desajustes en la esfera del ejercicio de derechos. La mala regulación de las medidas tecnológicas ha producido en la práctica serias violaciones a derechos básicos e, incluso, a la letra misma de los Tratados. Sin que se hayan definido en los Tratados, se entiende por medidas tecnológicas a todos los artefactos, dispositivos técnicos o, genéricamente, técnicas que permiten controlar el acceso o usos sobre las obras intelectuales. Básicamente existen dos tipos de medidas tecnológicas: [1] las medidas tecnológicas de control de acceso a una obra intelectual y [2] las medidas de control de usos sobre las obras intelectuales²⁴. Existen muchas otras formas y especies de estas medidas tecnológicas²⁵.

La justificación original sobre la gestión de derechos en el entorno digital y, sobre todo, de las medidas tecnológicas era favorecer la misma gestión y evitar / prevenir los usos indebidos de las obras intelectuales. Sin embargo, lejos de estos objetivos, las medidas tecnológicas sirvieron y están sirviendo para otros fines bien distintos. Estas medidas han creado una nueva instancia para el ejercicio del derecho de autor. Esta nueva instancia es el 'acceso' a una obra intelectual. La idea de impedir, restringir y bloquear el acceso a una obra intelectual que ha sido publicada gracias a la decisión [derecho moral] de un autor ha cambiado radicalmente la arquitectura legal incluyente que caracterizaba históricamente al derecho de autor²⁶. Ésta nueva instancia se presenta como violatoria de varios derechos elementales. Este punto ha desencadenado fuertes tensiones a nivel mundial (Vercelli, Thomas; 2007 a).

[7] La gestión de derecho de autor como híbrido

Como se ha establecido en el punto 4 las leyes y otras formas de expresión legal delegan el ejercicio directo de derechos en todo tipo de auxiliares, instituciones, artefactos y tecnologías. Por ello, la gestión de derechos se presenta como un híbrido (Latour, 1995). Estas 'delegaciones / mediaciones' de funciones permiten el cumplimiento efectivo de lo

[23] Una de las críticas más comunes se ubica en la elusión de las medidas tecnológicas. Este tema excede la temática del derecho de autor en los tratados internacionales.

[24] Sobre las medidas de control de usos sobre las obras intelectuales se pueden desarrollar tecnologías de administración de todo tipo de licencias en el entorno digital.

[25] Como ejemplos de medidas tecnológicas pueden citarse los dispositivos de control de acceso, los dispositivos anti-copia, las envolturas electrónicas, los visores de software privativo, las técnicas de encriptación, las utilización de passwords, las marcas de agua, el uso de huellas digitales (para autenticación), los sistemas de control de gestión comercial o el monitoreo de usos sobre las obras. Existen muchas otras medidas.

[26] Para estas posturas extremas e "industrialistas" una parte importante de los derechos de autor sobre una obra intelectual se gestiona como si fueran derechos de propiedad sobre bienes materiales. Estas buscan aplicar la capacidad de exclusión perfecta del modelo regulativo de la propiedad. Los bienes de calidad material están regulados por el régimen de la propiedad [o dominio]. El régimen de la propiedad permite la exclusión perfecta de terceros en relación al bien. En forma opuesta, los bienes de calidad intelectual expresados en obras son regulados por el régimen del derecho de autor. El sistema de regulación del derecho de autor no es excluyente, sino que, por el contrario, tiende a ser incluyente y a buscar un balance entre creadores, titulares de derechos y usuarios-finales en relación al acceso a la información y la cultura.

que es indicado e interpretado legalmente. Así, el derecho en general se nutre de policías, cárceles, oficiales de justicia, correos, bancos o bien de todo tipo de tecnologías de control y gestión (Lessig, 1999, Vercelli, 2004). Estas redes de actores van conformando ensambles socio-técnicos que procuran controlar y, según parámetros definidos, estabilizar el relacionamiento social. Estas regulaciones están abocadas al control social, al control de la producción, al control de las conductas y espacios. Se orientan hacia el diseño de los entornos. (Vercelli, 2004).

El caso de la gestión del derecho de autor y, específicamente, el ejercicio de derechos [con o sin medidas tecnológicas] en el entorno digital es justamente un caso de este tipo de delegación. De hecho, su ejercicio está mediado por la utilización de todo tipo de artefactos y tecnologías. La gestión de derechos conforma un híbrido de leyes y tecnologías. Es parte de un proceso de co-construcción entre diferentes formas de expresión legal y complejos artefactos tecnológicos (Vercelli, Thomas; 2007 a). Así, las medidas tecnológicas tienen una existencia tanto legal como tecnológica. Sin ella, estas medidas tecnológicas no serían tales, no serían artefactos orientados a producir efectos jurídicos. Esta co-construcción permitió la proliferación de todo tipo de artefactos tecnológicos orientados a regular parte de la producción, distribución y acceso a las obras intelectuales a nivel global. De allí su importancia y la necesidad del análisis socio-técnico (Thomas, 1999).

El enfoque socio-técnico permite avanzar sobre la co-construcción de estas regulaciones y observar cómo y qué grupos sociales las construyen (Bijker, 1995). Existen al menos tres grupos de actores alcanzados por este tipo de regulaciones. El primero, obviamente, es el grupo de los [a] autores / creadores [personas físicas] que crean las obras intelectuales. El segundo grupo está conformado por [b] el público en general, los usuarios-finales, quienes interpelan las obras. El tercer grupo está definido por [c] los empresarios y las corporaciones que median industrialmente entre el autor y su público como canal de distribución. Si bien los Tratados hablan y se dirigen a los “autores” de obras intelectuales, es claro que la gestión de derechos que surge de los mismos produce delegaciones que están muy lejos de las soluciones que los mismos autores pueden implementar.

Los 'autores / creadores' en el entorno digital no están abocados a producir medidas tecnológicas de restricción para la gestión de sus derechos. Dada su complejidad, las medidas tecnológicas se desarrollan exclusivamente en el sector industrial privado. Puntualmente, éstas se producen dentro de las corporaciones comerciales de las industrias culturales y del entretenimiento de los países 'desarrollados / centrales'. A través de estas medidas tecnológicas se decide cómo y de qué forma se gestionan los derechos de una forma 'anticipada / preventiva', ex-ante, directa y sin intervención ni de los autores ni de mediaciones públicas o comunitarias (Vercelli, Thomas, 2007 a). Estas delegaciones de funciones que han provocado los Tratados Internet, además, ¿no implican también una privatización de la gestión cultural a manos de algunas corporaciones comerciales?

El análisis socio-técnico permite ubicar la gestión de derechos y las medidas tecnológicas como parte de un ejercicio de derechos concreto. También permite analizar como se utiliza una determinada interpretación [más o menos restrictiva] de la gestión de derechos y, sobre todo, las medidas tecnológicas para lograr un ejercicio de derechos preventivo, del tipo ex ante, por parte de personas jurídicas de carácter privado. Las medidas tecnológicas que bloquean el acceso a las obras intelectuales publicadas son violatorias de la noción básica de la tradición autoral. De hecho, estas medidas afectan el ejercicio de varios derechos justos y honrados por parte de los usuarios-finales [también productores y creadores de obras intelectuales]. Entre otros puntos, afectan el desarrollo de un sistema orientado al autor, afectan el mínimo acceso a la cultura, el acceso a la información e, incluso, paradójicamente, habilitan violaciones a los mismos Tratados que las crearon.

[8] Conclusiones

A continuación se presentan algunas conclusiones. Las mismas recorren el análisis, plantean nuevos interrogantes y también nuevas líneas de investigación sobre la co-construcción entre tecnologías y regulaciones.

[1] La gestión de derecho de autor que surge de los Tratados Internet no está orientada a los 'autores / creadores' como personas físicas creativas y productoras de obras intelectuales. No fue pensada para dar a los autores una herramienta legal para hacer valer y expresar sus derechos de autor.

[2] La gestión de derecho de autor que surge de los Tratados Internet fue pensada para respaldar un ejercicio de derecho preventivo [ex ante], de personas jurídicas de carácter privado, con fines comerciales y que pueden diseñar estas mismas medidas tecnológicas.

[3] Este tipo de gestión se diseñó para favorecer los modelos de negocios de la industrias culturales y del entretenimiento de los países desarrollados. Bajo estos Tratados los estados-nación están delegando una función básica de regulación en materia cultural que les es propia y colaborando con el desarrollo de un derecho de autor basado en privilegios.

[4] Como hecho inédito las medidas tecnológicas de control de acceso cambian radicalmente la configuración incluyente que caracterizo al derecho de autor. Lejos de cumplir con el supuesto rol preventivo, este tipo de gestión de derecho excluyente y ex ante no resuelve en ningún caso la copia ilegal de obras intelectuales. Todo parece indicar que la favorece y la potencia.

[5] El ejercicio de derechos a través de las medidas tecnológicas ha permitido la proliferación de todo tipo de artefactos muchos de ellos violatorios de derechos

elementales. No existen medidas tecnológicas de control de acceso que respeten los usos honestos y las 'limitaciones / excepciones' al derecho de autor.

[6] Estos análisis permiten observar como la cultura parece enfrentarse paradójica y radicalmente a las 'industrias culturales'. En este punto, también el 'derecho de autor' parece enfrentarse radicalmente y resistir al 'derecho de los titulares de derechos de autor'.

[7] La 'tecnología' no es una entidad superior que va a dar soluciones mágicas a los problemas analizados. El análisis socio-técnico permite observar como las tecnologías y las regulaciones se co-construyen y como son los mismos grupos sociales los que van construyendo las soluciones jurídico-tecnológicas a lo largo del tiempo.

[9] Bibliografía

Antequera Parilli, Ricardo [2007]. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid; Ed. Reus.

Bijker, Wiebe. E.; Hughes, Thomas P.; Pinch, Trevor F. [1987]. The Social Construction of Technological Systems. Cambridge, MA; MIT Press.

Bijker, Wiebe. [1995]. Of Bicycles, Bakelites, and Bulbs: Toward a Theory of Sociotechnical Change. Cambridge, MA; MIT Press.

Latour, Bruno; Woolgar, Steve [1995]. La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos. Madrid, Alianza Editorial.

Lessig, Lawrence [1999]. Code and other laws of cyberspace. Nueva York, Basic Books.

Lipszyc, Delia [2003]. La utilidad de los dispositivos técnicos de protección de los derechos de autor y conexos. Compilación [2003] 'Derecho de Internet y Telecomunicaciones'. Colombia, Legis Editores.

Lipszyc, Delia [2004]. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires; Zabalía.

OMC; 'Anexo 1C. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio' [AADPIC]; Firma del acta final el 15 de abril de 1994 en Marrakech; última vista el 20 de septiembre de 2007. [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf].

OMPI; 'Tratado de la OMPI sobre los Derechos de Autor'; OMPI adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996; última visita el 20 de julio de 2007. [<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>].

OMPI; 'Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas'; OMPI adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996; última visita el 20 de julio de 2007. [<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>].

Thomas, Hernán. [1999]. 'Dinâmicas de inovação na Argentina (1970-1995):

Abertura comercial, crise sistémica e rearticulação'. Tesis de Doctorado, Universidad Estadual de Campinas.

Vercelli, Ariel. [2004]. 'La Conquista Silenciosa del Ciberespacio: Creative Commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo en Internet', sitio Web de Ariel Vercelli, Buenos Aires, última visita en Octubre de 2007; [<http://www.arielvercelli.org/lcsdc.pdf>].

Vercelli, Ariel. [2006]. 'Aprender la Libertad: el diseño del entorno educativa y la producción colaborativa de los contenidos básicos comunes', sitio Web de Aprender la Libertad, Buenos Aires, última visita en Octubre de 2007; [<http://www.aprenderlalibertad.org/aprenderlalibertad.pdf>].

Vercelli, Ariel, Thomas, Hernán. [2007, a]. 'La co-construcción de tecnologías y regulaciones: análisis socio-técnico de un artefacto anti-copia de Sony- BMG' [en prensa].

Vercelli, Ariel, Thomas, Hernán. [2007, b]. 'Repensando los bienes comunes: análisis socio-técnico sobre la construcción y regulación de los bienes comunes'. Versión 1.0. Publicado en el sitio Web de Bienes Comunes, Buenos Aires, última visita en Noviembre de 2007; [<http://www.bienescomunes.org/archivo/rlbc-1-0.pdf>].