

sur

revista internacional
de derechos humanos

6

2007
Número 6 • Año 4
Edición en Español

- **Upendra Baxi**
El Estado de Derecho en la India
- **Oscar Vilhena Vieira**
La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho
- **Rodrigo Uprimny Yepes**
La judicialización de la política en Colombia:
casos, potencialidades y riesgos
- **Laura C. Pautassi**
¿Igualdad en la desigualdad?
Alcances y límites de las acciones afirmativas
- **Gert Jonker y Rika Swanzen**
Servicios de mediación para los testigos menores de edad que
atestiguan ante tribunales penales sudafricanos
- **Sergio Branco**
La ley de autor brasileña como elemento de restricción
a la eficacia del derecho humano a la educación
- **Thomas W. Pogge**
Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



RED UNIVERSITARIA
DE DERECHOS HUMANOS

SUR

Un proyecto de Conectas Derechos Humanos

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.surjournal.org>

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Daniela Ikawa

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Catharina Nakashima, Isamar Escalona,

Miriam Osuna y Thiago Amparo

DISTRIBUCIÓN

Catharina Nakashima

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.surjournal.org>

Esta publicación recibió apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia.

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa ligada a Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam
Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher
Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva
Jurisdicción Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidad de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro University
Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic
Conectas Derechos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori
Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Herminia Tavares de Almeida
Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero
Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich
Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou
Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

PRESENTACIÓN



El sexto número de la Revista Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos – tiene un significado especial para nosotros, ya que refleja los primeros resultados de un proyecto de investigación conjunta, desarrollado por nuestra Red. En junio de 2006, la Revista Sur inició una investigación sobre “La justiciabilidad de los Derechos Humanos: India, Brasil y Sudáfrica”, con el objetivo de comparar la implementación de los derechos humanos y constitucionales por las Cortes Supremas de esos tres países.

India, Brasil y Sudáfrica tienen muchas características en común. Estos tres países gozan de sistemas democráticos relativamente estables y ocupan posiciones claves en sus respectivas regiones, tanto en el ámbito político como en el económico. También comparten problemas comunes, específicamente el desafío de superar la pobreza, la discriminación y la desigualdad, así como las dificultades de promover el acceso igualitario a la justicia, a la educación, a la salud y a programas de vivienda. En ese sentido, estos países tienen el desafío de consolidar el Estado de Derecho y sus instituciones democráticas como instrumentos para la realización de los derechos humanos para todas las personas, conforme a lo exigido en sus propias Constituciones y lo pautado en los Tratados Internacionales por ellos ratificados.

El objetivo de esta investigación es entender el papel de las Cortes Constitucionales en los tres países en la promoción y protección de los derechos humanos. El estudio también considera el papel de la sociedad civil y de las organizaciones de interés público en su actuación ante el sistema jurídico.

En este número incluimos dos artículos que reflejan un diálogo inicial entre el grupo de investigadores de este tema, uno escrito por el Profesor Upendra Baxi, responsable de la investigación en la India y otro elaborado por el Profesor Oscar Vilhena Vieira, coordinador del proyecto y responsable de la investigación en Brasil. También incorporamos un artículo de Rodrigo Uprimny, quien coopera con el proyecto,

donde refleja algunos aspectos de la judicialización de la política en Colombia.

Estamos convencidos de que compartir conocimientos y establecer acuerdos en investigaciones son instrumentos muy eficientes e importantes para la creación de una comunidad intelectual más fuerte en el Sur Global. Los pasos iniciales de esta investigación nos confirman esa percepción. A través de la investigación conjunta, se van construyendo lazos fuertes entre los profesores; se identifican nuevas ideas y oportunidades de trabajo compartido.

En este número de la Revista Sur también se analiza el derecho de las mujeres en América Latina y de niños/as en África del Sur. El artículo de Laura Pautassi presenta varias acciones desarrolladas en América Latina en aras de asegurar la igualdad entre mujeres y hombres, con especial atención en la responsabilidad del Estado en las regulaciones laborales. Otro artículo elaborado por Gert Jonker y Rika Swanzen presenta la experiencia de los servicios de intermediación para niños/as testigos en casos judiciales en los suburbios de Johannesburgo.

El artículo de Sergio Branco es fruto de su ponencia, presentada en el VI Coloquio Internacional de Derechos Humanos (nov. 2006) sobre el impacto de la regularización de los derechos de autor en los derechos humanos, en el contexto brasileño. Analiza cómo la actual estructura de derechos de autor y el uso impropio de la tecnología crean serios riesgos para la realización del derecho humano a la educación.

En otro orden, el artículo de Thomas Pogge focaliza la discusión acerca de la desigualdad entre el Norte y el Sur. Argumenta que la actual apropiación de la riqueza en nuestro planeta es muy desigual y señala tres razones para la injusticia: el efecto de las instituciones sociales compartidas, la exclusión no compensada del uso de los recursos naturales y las consecuencias de una historia común y violenta. El objetivo del autor es mostrar que tal vez sea posible reunir partidarios de corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental en una coalición surgida para la erradicación de la pobreza mundial, mediante la introducción de un Dividendo de los Recursos Globales o DRG.

Agradecemos a los profesores y colaboradores por su contribución en la selección de los artículos para este número de la revista: Ann Skelton, Alejandro Garro, Fateh Azzam, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Glenda Mezarobba, J. Paul Martin, Jeremy Sarkin, Juan Amaya Castro, Lorena Frías, María Herminia Tavares de Almeida, Roberto Garretón, Thami Ngwenya y Vinodh Jaichand.

Finalmente, anunciamos que la próxima edición de la Revista SUR será un número especial sobre justicia transicional, y que va a ser publicada en colaboración con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, sigla en inglés).

CONTENIDOS

UPENDRA BAXI	7	El Estado de Derecho en la India
OSCAR VILHENA VIEIRA	29	La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho
RODRIGO UPRIMNY YEPES	53	La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos
LAURA C. PAUTASSI	71	¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas
GERT JONKER Y RIKA SWANZEN	97	Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos
SERGIO BRANCO	123	La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación
THOMAS W. POGGE	145	Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



SERGIO BRANCO

Con Maestría en Derecho Civil por la Universidad del Estado de Río de Janeiro – UERJ, es especialista en Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro – PUC, Río; Ex-Procurador-Jefe del Instituto Nacional de Tecnología de la Información – ITI, Brasilia; Ex-Coordinador de Desarrollo Académico del Programa de Posgrado de la Fundação Getúlio Vargas (FGV),

Derecho, Río; Actual Director de Proyectos del Centro de Tecnología y Sociedad de la FGV Derecho, Río; Autor de la disertación “Los derechos de autor en *internet* y el uso de obras ajenas”.

Dirección: Centro de Tecnología e Sociedade - FGV

Praia de Botafogo, 190 – 13º andar (Escola de Direito)

Botafogo Rio de Janeiro – RJ 22.250-900 Brasil

E-mail: sergio.branco@fgv.br

RESUMEN

A lo largo de todo el siglo XX, el desarrollo de las tecnologías fue gradualmente disminuyendo la distancia entre el hombre, la obra cultural y la propiedad intelectual; el ápice fue el advenimiento de *internet*, a mediados de los años 90. El acceso a obras del mundo entero facilita enormemente las posibilidades de diseminación de conocimiento y de materia prima para la educación y también ayuda a construir una comunidad global. Sin embargo, los titulares de bienes intelectuales –derechos de autor, marcas y patentes– no pueden utilizarlos indiscriminadamente. De ese modo, en líneas generales, lo que se pretende analizar en el presente artículo es el serio riesgo que corre la efectivación del derecho humano a la educación con la presente estructura de derechos de autor y con el uso inadecuado de la tecnología. Tomaremos como base la ley brasileña, pero serán útiles algunas consideraciones para comprender el sistema de otros países, así como también para la elaboración de objetivos a ser perseguidos sobre el derecho de autor.

Original en portugués. Traducido por Miriam Osuna.

PALABRAS CLAVES

Derechos de autor – Derecho a la educación – Dignidad humana – Tecnología – Propiedad intelectual – Función social de la propiedad – Ley brasileña de derechos de autor – Sistemas brasileño y norteamericano



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

LA LEY DE AUTOR BRASILEÑA COMO ELEMENTO DE RESTRICCIÓN A LA EFICACIA DEL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN

Sergio Branco

*Todas las cosas ya están dichas,
pero como nadie escucha, siempre hay que recomenzar.*

*André Gide
El tratado de Narciso*

Introducción

A lo largo de todo el siglo XX el desarrollo de las tecnologías fue gradualmente disminuyendo la distancia entre el hombre y la obra cultural. Se volvió cada vez más fácil tener acceso a obras artísticas, científicas, literarias, para fines de estudio o de deleite. Paralelamente surgieron otras formas de expresión, así como otros soportes, permitiendo el acceso a obras en condiciones cada vez más rápidas y eficientes. El ápice fue el advenimiento de *internet*, a mediados de los años 90.

Ya a fines del siglo pasado, y en realidad, fundamentalmente a causa de *internet*, se hizo evidente que el acceso al conocimiento –incluyendo en este sentido textos, canciones, películas, fotografías, grabados, entre otros– sobrepasaba los límites de los medios físicos. Con la abolición de las fronteras en el mundo virtual y el acelerado proceso de globalización, el sueño enciclopedista de reunir todo el conocimiento humano se concretó de la manera más inesperada y democrática posible: quien tuviera acceso a la red mundial de computadoras tendría acceso a prácticamente todo el conocimiento humano. O debería tenerlo.

Ver las notas del texto a partir de la página 141.

A pesar de algunos efectos colaterales negativos de la globalización, es innegable ver como beneficio la posibilidad de entrar en contacto con la literatura escandinava, la música hondureña, la artesanía india o el cine nigeriano. Todo al alcance de la mano; todo a partir de algunos botones de computadora. El acceso a obras del mundo entero facilita enormemente las posibilidades de diseminación de conocimientos y de materia prima para la educación y, al menos por vía indirecta, ayuda a construir una comunidad global que promueva el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones, como propone el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹

Sin embargo, la vida en un mundo globalizado y capitalista no permite que el acceso a la cultura sea siempre gratuito. Todo parece tener dueño, y todo parece tener precio. Fueron sabias las palabras de Oscar Wilde, en el siglo XIX, cuando dijo que, ya en aquel tiempo, todos sabían el precio de todo, pero nadie sabía el valor de nada. No evolucionamos mucho desde entonces. Parece que hoy en día el valor de las cosas está intrínsecamente ligado al precio que pueden tener. Y no sólo el precio cumple el papel de “guardián” del acceso a los bienes culturales como un puesto de peaje: también la ley y la tecnología pueden ser grandes impedimentos para el acceso al conocimiento.

Después de la revolución industrial –que patrimonializó las relaciones jurídicas hasta por lo menos la primera mitad del siglo XX– vivimos hoy una revolución tecnológica que tiene que convivir con determinados hechos y ubicarlos en una difícil ecuación: al mismo tiempo en que la riqueza se desmaterializó, o sea, los bienes no materiales, intangibles, son más valiosos que los bienes físicos, el derecho exige la funcionalización de los institutos, lo que significa que la propiedad de tales bienes no puede ser ejercida arbitrariamente, debiendo atender a su función social.

En la práctica, esto significa que los titulares de bienes intelectuales –derechos de autor, marcas, patentes– no pueden utilizarlos indiscriminadamente. Será necesario que observen cómo tales bienes responden la función a que se destinan en la sociedad.

Emilio García Méndez da la exacta dimensión de la importancia del tema al afirmar:²

En esta etapa del desarrollo tecnológico, en la cual el acceso al conocimiento constituye la variable decisiva y fundamental de una existencia humana digna, que constituye el fin último de los derechos humanos, el derecho a la educación no puede ser sometido a ningún tipo de negociación, debiendo entenderse como una prioridad tan absoluta como la abolición de la esclavitud o la tortura.

Recurriendo una vez más al texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos observar que su artículo XXVI establece que “toda persona

tiene derecho a la instrucción”. Y, por cierto, para tener instrucción es indispensable tener acceso a los mecanismos por los cuales la instrucción se da: textos, canciones, películas, etc. En el mundo multimedia, sería reaccionario defender que el proceso de instrucción implica solamente libros y cuadernillos, como sucedía décadas atrás.

Sin embargo, lo que se observa actualmente es que aunque (i) la educación figure en el repertorio de los derechos humanos; (ii) en el mismo repertorio e intrínsecamente conectados al derecho a la educación se encuentren los derechos de libertad de opinión y de expresión, de recibir y transmitir informaciones e ideas por cualquier medio e independientemente de las fronteras, de participar libremente de la vida cultural de la comunidad; (iii) el ejercicio de todos estos derechos sean indispensables para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, la verdad es que no siempre estos derechos, previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podrán ser plenamente ejercidos, ya en virtud de la ley, ya de la tecnología.

Lo que pretendemos con este trabajo es presentar, en líneas generales, el serio riesgo que corre la efectivización del derecho humano a la educación (considerada *lato sensu*, abarcando, por lo tanto, otros derechos humanos) con la presente estructura de derechos de autor y con el uso inadecuado de la tecnología. Tomaremos como base la ley brasileña de derechos de autor, pero serán útiles algunas consideraciones para comprender el sistema de otros países.

En este sentido cabe destacar que la ley brasileña de derechos de autor (LDA) data de 1998 y fue elaborada a partir de los principios establecidos por la Convención de Berna, de 1886.

Los especialistas consideran a la LDA una de las más restrictivas del mundo, ya que, entre otras razones, no concede a los usuarios de las obras por ella protegidas el derecho de copia privada. O sea, en ninguna circunstancia le será posible a cualquier persona hacer una copia completa de una obra ajena sin autorización previa y expresa del titular de derechos de autor. Como veremos, tal prohibición es extremadamente perniciosa, especialmente en un país en desarrollo, como Brasil.

Para alcanzar nuestro propósito, dividiremos el texto en tres partes distintas:

En la primera abordaremos la estructura de los derechos de autor y los fundamentos de su existencia, incluso la búsqueda de la efectivación de su función social. A seguir, trataremos algunos aspectos peculiares de la ley brasileña, especialmente el problema resultante de la prohibición de copia completa de obras de terceros y cómo esa prohibición amenaza la efectividad del derecho a la educación. Más adelante haremos algunas breves consideraciones sobre el sistema angloamericano de derechos de autor y cómo ese sistema también cuenta con cierta restrictividad. También en este punto trataremos las trabas que la tecnología promueve. Por último, presentaremos los objetivos que deben perseguirse con el derecho de autor.

Derecho de autor: un derecho demasiado protegido

La propiedad intelectual se encuentra tan indisolublemente ligada a nuestras vidas que apenas nos detenemos a reflexionar sobre sus efectos en nuestra vida cotidiana. Pero es inevitable: no tenemos ya posibilidades de existir sin los bienes creados intelectualmente.

Los ejemplos son abundantes. Diariamente nos topamos con las más diversas marcas en los productos que consumimos y usamos, en los comercios a los que vamos e incluso en nuestros lugares de trabajo; usamos productos tecnológicos muchas veces protegidos por patentes; usamos *softwares* ininterrumpidamente en nuestras tareas laborales y, finalmente, en nuestros momentos de esparcimiento leemos libros, diarios, vemos películas, novelas, oímos música. Y cabe recordar: en la cultura del siglo XXI, casi todo tiene un dueño.

Siendo así, el uso de los bienes de propiedad intelectual vienen representando números cada vez más significativos dentro de la economía globalizada. Según el diario Valor Económico, “con el PBI mundial de más de US\$ 380 mil millones, el comercio de bienes culturales se multiplicó por cuatro en un período de dos décadas; en 1980, totalizaba US\$ 95 mil millones”.³

Cuando hablamos de bienes culturales, nos referimos necesariamente al derecho de autor, que es una rama de la llamada propiedad intelectual. Conforme con lo entendido por la doctrina especializada, el derecho de autor presenta dos manifestaciones distintas, intrínsecamente conectadas, una de aspecto moral y otra de aspecto patrimonial, pecuniario o, si se prefiere, económico.

En lo relativo al derecho moral, la doctrina afirma que se trata de derecho de la personalidad.⁴ Y, como se sabe, los derechos de la personalidad tienen por característica, entre otras, ser no susceptibles de evaluación pecuniaria. De esta forma, cuando nos referimos a los aspectos del derecho de autor relacionados a su evaluación económica, no podemos estar refiriéndonos a otros derechos sino a aquellos de carácter patrimonial.

La Constitución Nacional brasileña prevé en su art. 5º, incisos XXII y XXIII, que está garantizado el derecho de propiedad y que observará su función social. Más adelante, en el art.170, que inaugura el capítulo sobre los principios generales de la actividad económica, la Carta Magna establece que el orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por finalidad asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados determinados principios, entre los cuales se destaca la función social de la propiedad.

Ahora bien, siendo el derecho de autor una rama específica de la propiedad intelectual, hay que averiguar en qué medida sobre el derecho de autor incide la funcionalización social de su propiedad.

Aquí es importante resaltar la diferencia entre el *corpus mechanicum* y el *corpus*

misticum, pues de la confusión de los derechos conferidos a cada uno de ellos resultan distintas imprecisiones y problemas. Dícese de aquel el soporte material por medio del cual la obra se exterioriza. La obra, el verdadero objeto de la protección, es el *corpus misticum*, y no depende de un soporte material para existir.

La adquisición de un libro cuya obra se encuentra protegida por el derecho de autor no transfiere al adquiriente derecho alguno sobre la obra, que no es el libro, sino, si así nos podemos expresar, el texto que el libro contiene. De esta forma, sobre el libro, un bien físico, el propietario podrá ejercer todas las facultades inherentes a la propiedad, como si el libro fuera cualquier otro bien, como un reloj o un automóvil. Podrá destruirlo, abandonarlo, prestarlo, alquilarlo o venderlo, si así lo desea.

Sin embargo, el uso de la obra en sí, del texto del libro, sólo podrá hacerse efectivo dentro de las premisas expresas de la ley. Por eso, aunque en un primer análisis al lego pueda parecerle razonable, el propietario del libro no estará facultado para copiar el contenido en su totalidad, cualquiera sea la finalidad. Ciertamente, en este caso no se trata del uso del bien material “libro”, sino del uso del bien intelectual (texto) que el libro contiene.

Aunque se trate de un cuadro, en el cual la obra estará indisociablemente ligada a su soporte físico, la enajenación del bien material no confiere a su adquirente derechos sobre la obra en sí, de modo que el propietario no estará facultado, a menos que la ley o el contrato con el autor de la obra así lo prevea, para reproducir la obra en otros ejemplares.

No sólo es necesario analizar los derechos de autor desde la funcionalización de la propiedad. Hay aspectos relevantes de naturaleza económica y mercadológica. En este punto, es importante hacer referencia a la teoría del *market failure* a la cual la doctrina, especialmente la norteamericana, se viene dedicando en los últimos años.

Se supone que el mercado sería idealmente capaz de regular las fuerzas económicas que rigen la oferta y la demanda, de modo que el propio mercado se encargaría de la distribución natural de los recursos existentes y de los provechos a ser obtenidos. Sin embargo, esta regla no se verifica en los casos en los que se trata de propiedad intelectual, conforme con los motivos aducidos por Denis Borges Barbosa:⁵

Hay un problema: la naturaleza de los bienes inmateriales, que hace que en gran parte de las hipótesis, un bien inmaterial, una vez puesto en el mercado, sea susceptible de inmediata dispersión. Colocar el conocimiento en sí en una revista científica, si no hay ninguna restricción de orden jurídico, hace que éste se transforme en dominio común, o sea, se vuelve absorbible, asimilable y utilizable por cualquiera. En la medida en que ese conocimiento tenga una proyección económica, sirve sólo de nivelamiento de la competencia. O, si no hay nivelamiento, favorecerá a aquellos titulares de empresas que estén más aptos en la

competición para aprovechar ese margen acumulativo de conocimiento. Pero la desventaja de esa dispersión del conocimiento es que no hay retorno en la actividad económica de la investigación. Por consiguiente, es necesario resolver lo que los economistas llaman 'falla de mercado', que es la tendencia a la dispersión de los bienes inmateriales –principalmente de aquellos que presuponen conocimiento– a través de un mecanismo jurídico que genere una segunda falla de mercado, que viene a ser la restricción de derechos.

En suma, una vez efectivada la transmisión de un bien mueble cualquiera, el nuevo propietario podrá ejercer sobre el bien adquirido todas las facultades inherentes a la propiedad, habiendo un total desprendimiento del bien en cuanto a su titular original.

Por otro lado, aquel que adquiere un bien material que contiene una obra protegida por derecho de autor (una obra de artes plásticas, por ejemplo), podrá ejercer las facultades de la propiedad sobre el bien material pero no sobre el bien intelectual, excepto en lo que la ley permita, o por previsión contractual. Además, jamás dejará de existir el vínculo entre autor y obra, pues aunque el original de la obra sea enajenado e incluso destruido, el autor tendrá resguardados sus derechos morales, que prevén, incluso y entre otros, el derecho de tener su nombre indicado o anunciado como el autor de la obra.

Por último, como el mercado no es capaz de regular eficientemente la oferta de las obras intelectuales, es indispensable la intervención estatal a fin de garantizar la continuidad de las inversiones. Por cierto, si un agente del mercado invierte en el desarrollo de determinada tecnología que, por sus características, resulta en altos costos de inversión, pero existe facilidad de copia, el mercado será insuficiente para garantizar la conservación del flujo de inversiones.⁶

Estas cuestiones se vuelven mucho más complejas cuando se trata del ámbito de *internet*.

Cuando en el mundo físico, A es propietario de un automóvil, esto impide que B lo sea, simultáneamente con A, excepto en una situación de condominio. Pero, aún así, si A está usando el automóvil del cual es propietario, esto le impide a B usar autónomamente al mismo tiempo el mismo automóvil. Esto significa que en el mundo físico, palpable, existe una escasez de bienes, lo que equivale a decir que el uso de un bien por alguien normalmente impedirá el uso simultáneo de este mismo bien por otros.

De esta forma, si A roba el automóvil de B, B lo descubrirá rápidamente porque el robo le impedirá usar su propio automóvil. B probablemente denunciará el robo y tomará las medidas necesarias para recuperar el automóvil. Pero no ocurre lo mismo con la propiedad intelectual. Si A reproduce el trabajo intelectual de B, B puede no descubrir esa reproducción no autorizada por un largo tiempo (o tal vez nunca) porque la reproducción por parte de A no le impide usar su propio trabajo.⁷ Además, ésta puede hacerse en otro estado o país.⁸

Este siempre fue el gran dilema de la propiedad intelectual.⁹ Incluso de ahí surgió la preocupación de que hubiera protección internacional, lo que acarreó el surgimiento de los primeros tratados internacionales sobre el tema.

Se puede decir que la Revolución Industrial desencadenó una primera y necesaria reglamentación de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, estamos ante conflictos todavía más graves. En el mundo digital, no sólo el trabajo intelectual se puede copiar sin que su titular se entere (lo que hace todavía más evidente la “falla del mercado”, que vimos anteriormente), sino que muchas veces no será posible distinguir el original de la copia. Con el siguiente agravante: las copias pueden, en rigor, hacerse por centenas, en poco tiempo y a bajo costo.

Por lo tanto, es evidente que estamos ante nuevos paradigmas, nuevos conceptos y nuevos desafíos doctrinarios y legislativos. De esta forma,

si cuando nos enfrentamos con la evolución tecnológica la propiedad intelectual forjada en el siglo XIX pasa a presentar serios problemas de eficacia, no debe el jurista apearse de modo todavía más intransigente a sus institutos como forma de resolver el problema, cosa que el análisis jurídico tradicional parece querer hacer.¹⁰

Por el contrario: es imperioso buscar soluciones acordes con las demandas contemporáneas.

Se hace necesario, por cierto, exponer dos palabras sobre los aspectos económicos actuales referentes a los bienes intelectuales.

El costo de producción de un libro¹¹ puede ser comprendido por la conjunción de dos componentes. El primero es el costo de creación del trabajo. Naturalmente, ese valor no proviene del número de ejemplares editados o vendidos, ya que se refiere al tiempo que le demanda al autor escribir el libro más los gastos del editor con la preparación de la edición. Landes y Posner los denominan “costos de expresión”. El segundo componente, el costo de producción de los ejemplares, aumenta con el número de copias que se pretende editar, incluidos los costos de impresión, encuadernación y distribución.¹²

Ahora bien, en una sociedad globalizada en la que, por medio de *internet*, se ha vuelto potencialmente accesible toda y cualquier obra digital que, independientemente de su costo agregado de producción, puede ser reproducida a un costo ínfimo y con copias de gran calidad, realmente es necesario que se repiense la disciplina de los derechos de autor. Surge a las claras una forma de propiedad mucho más volátil que aquella a la que estábamos acostumbrados y, a raíz de sus peculiaridades y de las nuevas preguntas que plantea, deben elaborarse nuevas respuestas.

Con la elocuencia de los números ya presentados (nota 3) referentes a la industria del entretenimiento, no hay que hesitar en decir: actualmente, el derecho de autor sirve sobre todo a la industria del entretenimiento, a los grandes

conglomerados de comunicación, a las multinacionales productoras de diversión. Si acaso se benefician el autor desconocido, el músico incipiente, el artista plástico de algún rincón del país, no será sino por una feliz coincidencia.

Algunos ejemplos son relevantes.

En Estados Unidos, en 1998, el Congreso aprobó una ley que prorrogó por otros 20 (veinte) años el ya extenso plazo anterior, de 75 (setenta y cinco) años, sobre todo como consecuencia de la presión de grupos mediáticos como Disney, que estaba a punto de perder el Mickey Mouse, pues pasaría a ser de dominio público. Así, “el ratoncito Mickey, que caería en dominio público en 2003, cobró una sobrevida en cautiverio de 20 años más. Y con él llevó la obra de George Gershwin y todos los otros bienes culturales que habrían pasado a dominio público si no hubiera sido modificada la ley”.¹³

Esa protección excesiva de los derechos de autor da que pensar. Si la ley debería proteger al autor (incluso en los sistemas romano-germánicos, como el brasileño, se llaman “leyes de derechos de autor”) ¿por qué extender el plazo hasta tan más allá de la fecha de su muerte? Es evidente que el propósito de la ley es el de proteger no al autor sino al titular de los derechos, por el mayor tiempo posible. Sin embargo, cuanto mayor sea esa protección, menor es el acceso que otras personas podrán tener a la obra, ya que para todo dependerán de la autorización del titular de los derechos sobre la obra.

Ya de raíz se observa un gran riesgo al derecho de acceso *lato sensu* y a la libertad de expresión. Por cierto, el hombre siempre tuvo por hábito valerse de obras ajenas para crear sus propias obras. El repositorio cultural internacional debe estar lo más ampliamente posible a disposición de los individuos tanto para su formación cultural como para que sea posible su (re)creación.

Landes y Posner¹⁴ hacen interesantes observaciones con relación al uso de obras preexistentes por parte de autores famosos. Afirmar los autores que crear un nuevo trabajo implica tomar prestado o crear a partir de trabajos anteriormente existentes, así como adicionarles una expresión original. Un nuevo trabajo de ficción, por ejemplo, contendrá la contribución del autor, pero también personajes, situaciones, detalles, etc. que fueron inventados por autores precedentes. De esta forma, un tratado de derechos de autor, al aplicar la prueba de “sustancial similaridad” que muchos tribunales usan (en Estados Unidos), concluiría que “Amor sublime amor” infringiría los derechos sobre “Romeo y Julieta”, si esta obra todavía estuviera protegida por derechos de autor.

Además, es evidente que el exceso de celo con los derechos de autor puede volverse también en contra de la industria y crear la necesidad de que se estructure un verdadero enmarañado de licencias y autorizaciones para la realización de una película, por ejemplo. En este sentido, Lawrence Lessig, ante tantas imposiciones de la industria cinematográfica norteamericana con relación al *clearing*¹⁵ de derechos de autor en la producción de una película, afirma que un joven cineasta se vería

libre para realizarla siempre que fuera en una sala vacía, con dos de sus amigos.¹⁶

De manera alguna los derechos de autor deben existir sólo para beneficiar los engranajes de la industria del entretenimiento. No se puede restringir el desarrollo y el acceso a la cultura para beneficiar a un grupo selecto. Por eso, aunque la supremacía de la industria cultural sea una realidad, el sistema de protección de derechos de autor debe prestarse a abarcar toda y cualquier obra creativa que en él se contemple, independientemente de su calidad o magnitud.

Es más: con el concepto contemporáneo de funcionalización de los institutos jurídicos, el derecho de autor debe estar al servicio del cumplimiento de su función social, lo que necesariamente abarca la garantía de acceso al conocimiento y a la educación.

No es válido afirmar categóricamente que sin la protección rígida de que hoy gozamos no habría producción cultural. Incluso antes de que hubiera leyes protectoras de los derechos de autor, había una amplia producción de obras intelectuales, y a los autores les era permitido valerse mucho más de las obras ajenas para crear las suyas, ya que prácticamente todo se encontraba en dominio público.

Entendemos que se debe buscar el término medio. En principio, y en líneas generales, los derechos de autor tienen la noble función de remunerar a los autores por su producción intelectual. De lo contrario los autores tendrían que vivir, en su mayoría, subsidiados por el Estado, lo que haría infinitamente más difícil e injusta la producción cultural. Sin embargo, los derechos de autor no pueden ser impositivos del desarrollo cultural y social. Conjugar los dos aspectos, en una economía capitalista, globalizada y, como si no bastara, digital, es una función ardua a la que nos debemos dedicar.

En la intersección de estas premisas —que deben abrigar incluso los intereses de los grandes grupos capitalistas y los de los artistas comunes del pueblo, así como también los de los consumidores de arte, cualquiera sea su origen— es donde tenemos que ubicar las particularidades económicas de los derechos de autor y buscar su función social.

Limitaciones legales del acceso al conocimiento en el sistema brasileño

En el mundo de las ideas, la vieja máxima de Lavoisier parece concretarse de manera particularmente proficua. La cultura se autoalimenta, de modo que cada composición artística sólo es posible en la medida en que absorbe una serie de influencias (muchas veces inconscientes por parte de su autor) del repositorio natural existente al alcance de todos, de acuerdo con lo visto anteriormente.

Es célebre la afirmación de Northrop Frye de que “sólo se puede hacer poesía a partir de otros poemas, y novelas a partir de otras novelas”.¹⁷ Son interminables los ejemplos de autores que se valieron de obras precedentes para crear las suyas. En

realidad, raros serían los ejemplos de autores que fueran absolutamente originales. Si consideramos con rigor el sentido de originalidad, se puede llegar al punto de no encontrar ni siquiera un único ejemplo.

Esto sucede porque es inevitable que todos los autores sean, aunque inconscientemente, influenciados por otros autores. Por eso, es impensable, hoy en día, un libro que narre una historia que jamás haya sido, aunque parcialmente, contada antes. Dirán algunos, incluso, que los grandes temas son limitados y ya fueron todos agotados.

Sin embargo, ya no rige más el principio de que cualquier autor puede valerse ilimitadamente de las demás obras disponibles y a su alcance. En razón fundamentalmente de la importancia económica del derecho de autor, la ley concederá a su autor un monopolio vitalicio y, en el caso de Brasil, por más de 70 años contados a partir del año siguiente al de su muerte, durante los cuales nadie podrá usar su obra sin autorización. Como se ve, la creación es onerosa. Se alega que si se tolera la reproducción sin restricciones, el aprovechamiento económico de la obra se vería perjudicado.

No obstante, de la misma forma que no es posible permitir el libre e irrestricto uso de las obras ajenas en la elaboración de nuevas obras, tampoco es posible vetar de modo absoluto todo y cualquier uso de la obra de terceros, ya que ese extremo impediría, de manera mucho más acentuada y perniciosa, el desarrollo social.¹⁸ Queda claro, por lo tanto, que “existen dos intereses legítimos [a] los cuales el legislador debe estar atento, por un lado, el del autor de la obra, que debe estar protegido y remunerado por su creación y, por otro, el de la sociedad, guardando observancia a la función social de la creación”.¹⁹

Por este motivo, y procurando justamente encontrar el equilibrio entre los intereses que deben ser tutelados, la LDA prevé los casos en los que la obra, aunque protegida por derechos de autor, podrá ser utilizada independientemente de la autorización del autor.

Podemos afirmar que el fundamento de las limitaciones a los derechos de autor se encuentra exactamente en el art. 5º, XXIII de la Constitución Nacional brasileña, que prevé la función social de la propiedad. Ciertamente, el legislador delimitará el uso del derecho de autor por parte de sus titulares en razón del ejercicio de su función social. Se puede decir incluso que las limitaciones a los derechos de autor son autorizaciones legales para el uso de obras de terceros, protegidas por derechos de autor, independientemente de la autorización de sus titulares.

Sucede que, como veremos, en el mundo digital las limitaciones que la LDA comprende son insuficientes para abarcar, en el ambiente virtual de *internet*, el modo en que buena parte de sus usuarios viene haciendo uso de obras de terceros. Es más, no abarca el modo cómo distintos usuarios necesitan valerse de las obras para ver garantizado su derecho a educación.

Aunque sea relevante conocer cuáles son las limitaciones y cuál la extensión de

su aplicabilidad, nos detendremos exclusivamente en la cuestión de la prohibición de copia total de obra de tercero, pues es la que más pone en riesgo la efectividad de derechos humanos como el de educación y de acceso al conocimiento.

El denominador común de las limitaciones señaladas en el art. 46 de la LDA es evidentemente el uso no comercial de la obra. En concomitancia con este requisito, la ley valoriza el uso con carácter informativo, educacional y social. De todas maneras, el inciso más polémico del art. 46 de la Ley 9.610/98, y el que más nos interesa para el ámbito de este trabajo, es el que dispone que no constituye ofensa a los derechos de autor la reproducción, en un solo ejemplar de pequeños trechos, para uso privado del copista, siempre que sea hecha por él mismo, sin intención de lucro.²⁰ La Ley 9.610/98 (LDA) provocó justamente ese cambio. *De lege lata*, por lo tanto, en los términos del art. 46, II, de la LDA, es posible la reproducción sólo de pequeños trechos, y ya no de la obra en su totalidad.

Eliane Y. Abrão explica acerca del comentado inciso:²¹

A diferencia de la legislación anterior, que permitía una (única) reproducción completa, de cualquier obra protegida, siempre que se destinase al uso privado y personal de quien la confeccionara, el legislador de 1998 restringió el uso de la copia privada (completa) única: sólo le autoriza la reproducción de pequeños trechos.

En otras palabras, ante la limitación actual, infringe la ley quien reprografía un libro entero, o extrae una cinta magnética completa u otra reproducción de un CD entero, aunque sea para uso personal y sin intención de lucro. Es la prohibición llamada 'copia privada'.

[...]

Los argumentos a favor de la prohibición de la copia de un ejemplar completo de obra protegida son consistentes. Tómese como ejemplo la posibilidad de que, al mismo tiempo, doscientos o trescientos estudiantes de distintos puntos de un país extraigan copias enteras de una edición recientemente publicada. El perjuicio del editor y del autor sería de gran monta, ya que el referido libro podría ser considerado una buena inversión sólo si se vendieran mil ejemplares.

Aunque reconozcamos la procedencia de tales argumentos, es fundamental que reflexionemos sobre las palabras finales de la autora. Ésta afirma que sería perjudicial para el editor de determinada obra si 200 o 300 estudiantes hicieran una copia total de una obra recién publicada. Pero nos preguntamos ¿qué estudiantes son esos? Si consideramos que Brasil es un país con un porcentaje vergonzosamente alto de personas viviendo en la pobreza y abajo de la línea de pobreza, ¿es de esperarse que los estudiantes de las familias más pobres paguen por las obras que van a garantizar su educación como cualquier otro estudiante?

Es dable considerar que, en la mayoría de los casos, los alumnos pobres están fuera del mercado porque simplemente no tienen dinero para obtener los bienes

inmateriales que necesitan para su formación. De esta forma, ningún perjuicio, en este caso, está siendo imputado al editor, pues si no fuera por la posibilidad de copia los alumnos no tendrían acceso a estos bienes de ninguna otra forma.

Además, la decisión del legislador causa problemas ostensiblemente insolubles. Empezando por un evidente problema práctico señalado por la propia autora: el cumplimiento de lo dispuesto en la ley es de casi imposible fiscalización. Por esto mismo, millares de personas incumplen el mandamiento legal diariamente.

Asimismo, y tal vez lo más grave, la ley no distingue obras recién publicadas de obras fuera de circulación comercial, pero que todavía están en el plazo de protección de autor. Así, si una persona necesita valerse de una obra rara y fuera de circulación comercial, que sólo existe en la biblioteca de una ciudad distante, estando la obra todavía protegida por derechos de autor, y de acuerdo con los términos de la LDA, no podrá obtener copia total de ella, aunque esa prohibición impida el acceso al conocimiento y la formación educacional del individuo y aunque sea mucho más dañosa la prohibición de la copia que la copia en sí. En este caso, se vuelve una ley extremadamente injusta por no permitir la difusión del conocimiento por medio de la copia completa de obras raras cuya reproducción no acarrearía ningún perjuicio económico a su autor.

En realidad, la LDA no hace ninguna distinción en cuanto al uso que se dará a la copia de la obra. Queda vedada igualmente la copia completa para fines didácticos, para fines de archivo, para uso en instituciones sin fines económicos, para uso doméstico e incluso de obras que estén fuera de circulación comercial, lo que es dar tratamiento absolutamente inadecuado a estos casos particulares.

Es evidente que al prohibir indistintamente la copia completa de obras, la ley prohíbe en consecuencia que copias de textos, de canciones, de películas y de fotos, entre otras obras, sean usadas para fines didácticos y educacionales.

A partir de estos ejemplos, se hace fácil comprobar cuán complicado puede ser encontrar los límites que la propia ley prescribe.

Limitaciones legales del acceso al conocimiento en el sistema angloamericano

En el mismo sentido, con respecto a las limitaciones a los derechos de autor, es importante mencionar que el derecho norteamericano²² prevé la figura del *fair use*. Puede decirse que el *fair use* es una excepción de la cual el usuario se puede valer al ser acusado de violación de derechos de autor. Constituye cláusula general a ser interpretada por los tribunales siendo que, en 1976, pasó a ser estatutario por la integración en el título 17 del *United States Code*.²³

De acuerdo con los criterios consagrados en la sección 107 del título 17 del *US Code*, en la determinación del uso de la obra para caracterizar el *fair use* se tienen en consideración:²⁴

- *el propósito y la naturaleza del uso, principalmente si es comercial o para fines educativos y no lucrativos: pero adviértase que esta clasificación no es taxativa, porque entran en cuestión otras ponderaciones y ningún criterio tiene vigor de aplicación automática. De todos modos, la naturaleza comercial del uso es un indicador negativo, ya que el derecho de autor se cifra económicamente en un (derecho) exclusivo de explotación de la obra;*
- *la naturaleza de la obra: es de suponer que en las obras más fácticas el ámbito de la utilización fair sea mayor que en las obras más imaginativas;*
- *la cantidad y calidad de la utilización de la obra global: por ejemplo, hasta las citas se pueden poner en causa si fuesen de tal modo largas y repetidas que terminen por representar prácticamente una apropiación del conjunto de la obra;*
- *la incidencia de la utilización sobre el mercado actual o potencial de la obra: éste es presentado por algunos como el más relevante de todos los criterios". (destacados del autor)*

Se observa que el sistema norteamericano de previsión del *fair use* en mucho se diferencia del sistema continental europeo. En el primero se establecen criterios según los cuales, de acuerdo con el uso concreto de la obra ajena, se evalúa si tal uso viola o no derechos de autor. En cambio, en el sistema continental europeo (el que se sigue en Brasil), las limitaciones se prevén en el repertorio de conductas que la doctrina entiende que es taxativo. O sea, en caso de que la conducta del agente no se adapte a las licencias expresamente previstas en ley, el uso de la obra ajena no será admitido.

José de Oliveira Ascensão²⁵ señala las principales distinciones entre el sistema norteamericano y el europeo al decir que

el sistema norteamericano es maleable, mientras que el sistema europeo es preciso. Sin embargo, visto por la negativa, el sistema norteamericano es impreciso, mientras que el sistema europeo es rígido. El sistema norteamericano no da seguridad previa sobre lo que puede o no ser considerado fair use. El sistema europeo, por el contrario, muestra una falta de capacidad de adaptación.

El autor concluye afirmando que al sopesarse méritos y deméritos se puede apreciar la superioridad del sistema norteamericano. Además de no ser contradictorio como el europeo, el autor defiende que tal sistema mantiene la capacidad de adaptación a nuevas circunstancias, mientras que los sistemas europeos se volvieron organismos muertos.

La cuestión es realmente interesante. Ya que la ley norteamericana, al contrario de la nuestra, no indica qué usos pueden darse a obras ajenas protegidas por derechos de autor sin que tal uso configure violación de tales derechos, el entendimiento de lo que es *fair use* será consolidado a partir de criterios construidos doctrinaria y jurisprudencialmente.

Siva Vaidhayanathan²⁶ aclara sobre el tema: ²⁷

Si un tribunal tiene que decidir si el uso de una obra protegida por derechos de autor es fair o no, el tribunal tendrá que considerar los siguientes aspectos: el objetivo y la naturaleza del uso, como por ejemplo si el uso se destina a fines comerciales o educacionales; la naturaleza del trabajo original protegido; qué parte del trabajo protegido fue usado en el trabajo subsiguiente; y el efecto del uso en el valor de mercado del trabajo original.²⁸ Así, por ejemplo, si un profesor copia tres páginas de un libro de 200 páginas y las distribuye entre sus alumnos, su conducta está cubierta por el fair use. Pero si el profesor copia el libro entero y lo vende a los estudiantes por un precio más bajo que el del original, el profesor estará probablemente infringiendo los derechos de autor del autor del libro. La mayoría de las veces, sin embargo, el fair use es un concepto gris y fluido. [...] Además del fair use, el Congreso y los tribunales nacionales han sido resistentes a la protección de derechos de autor con relación al uso privado, no comercial. De manera general, los tribunales han entendido que los consumidores pueden hacer copias de CD para uso propio y pueden grabar programas de televisión para ver en horarios más convenientes, siempre que no vendan las copias ni las usen públicamente de modo tal que diluya el valor de mercado de la obra original. Así, a pesar de los avisos que acompañan todos los eventos televisados, la mayoría de las copias privadas, no comerciales o con una finalidad educativa de obras protegidas por derechos de autor será considerada o fair use o uso privado, lo que configura una excepción permitida por ley.

Queda claro, así, que el sistema de *fair use* tampoco resuelve todos los problemas. Muy por el contrario. En virtud de su imprecisión, surgen otros problemas, sobre todo en lo que atañe al uso de obras ajenas, lo que puede restringir innecesariamente la libertad de expresión y la transmisión de ideas, derechos humanos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como ya señalamos.

Lawrence Lessig²⁹ señala un caso interesante ocurrido en Estados Unidos y que demuestra con razonable claridad los problemas que la práctica acarrea en la caracterización del *fair use*.

En 1990, el documentarista Jon Else estaba en San Francisco, trabajando en un documental sobre óperas de Wagner. Durante una de las presentaciones, Else estaba filmando el trabajo de unas personas en los bastidores del teatro. En un rincón de los bastidores había un aparato de televisión que presentaba, mientras la ópera se desarrollaba, un episodio de “Los Simpsons”. Else entendió que la inclusión del dibujo animado daría un sabor especial a la escena.

Una vez terminada la película, en razón de los 4 segundos y medio en los cuales el dibujo animado aparecía en su obra, el director se entrevistó con los titulares de los derechos de autor, ya que “Los Simpsons” es una obra protegida por derechos de autor y alguien habría de ser su titular.

Inicialmente, Else buscó a Matt Groening, creador de “Los Simpsons”, que inmediatamente aprobó el uso del dibujo animado en el documental, ya que se trataba de un uso que se restringía a 4,5 segundos y no podría causar daño económico alguno a la exploración comercial de su propia obra. Sin embargo, Groening le dijo

a Else que buscara a Gracie Films, la empresa que producía el programa.

Hecho el contacto, los responsables de las licencias en la Gracie Films se manifestaron favorables al uso de “Los Simpsons”, pero así como Groening, querían ser cautelosos y le dijeron a Else que consultara también a Fox, la empresa controladora de la Gracie Films.

Así se hizo. Else buscó a Fox y se sorprendió con dos hechos: primero, que Matt Groening no era el verdadero titular de derechos de autor de su propia obra (o así Fox lo entendía) y segundo, que Fox quería diez mil dólares para autorizar el uso de los cuatro segundos y medio en los que “Los Simpsons” aparecía en una televisión en un rincón de los bastidores de un teatro.

Como Else no tenía el dinero suficiente para pagar la licencia, antes de lanzar el documental, el director decidió reemplazar digitalmente el programa de “Los Simpsons”, que aparecía en la televisión, por un trecho de otra película que él mismo había dirigido, diez años antes.

Es evidente que en este caso se trata de *fair use*, opinión que es incluso endosada por Lawrence Lessig. El autor presenta, sin embargo, los argumentos de los que Else se valió para no confiar en la posibilidad de usar el trecho de “Los Simpsons” sin autorización y que citamos, entre otros:

- Antes de televisar la película (en este caso, el documental), la emisora requiere una lista de todas las obras protegidas por derechos de autor que sean citadas en la filmación y hace un análisis muy conservador de lo que puede ser considerado *fair use*.
- Fox tendría tradición en impedir el uso no autorizado de “Los Simpsons”.
- Independientemente de los méritos del uso que se haría del dibujo animado, existiría la posibilidad de que Fox iniciara un juicio por el uso no autorizado de la obra.

Lessig remata explicando que en la teoría, *fair use* significa posibilidad de uso sin autorización del titular. La teoría, así, ayuda a la libertad de expresión y protege contra la cultura de la necesidad de autorización. Pero en la práctica, el *fair use* funciona de manera muy distinta. Los contornos difusos de la ley resultan en pocas posibilidades reales de demostrar *fair use*. De este modo, la ley tendría un objetivo correcto, pero que no se alcanzaría en la práctica.³⁰

A través de este ejemplo se puede observar que aunque el instituto del *fair use* se preste a amoldarse a innovaciones tecnológicas con más facilidad y éxito que el sistema continental europeo, no es capaz, sin embargo, de en la práctica resolver algunas cuestiones simples, a raíz de la fluidez de sus contornos.

Como si no bastaran los problemas derivados de la ley, también la tecnología puede servir de límite a la consecución de los derechos humanos de acceso al conocimiento y de educación e instrucción. Si por un lado la ley puede ser

interpretada, la tecnología funciona con reglas inflexibles. La existencia de DRM (*digital rights management*) y de TPM (*technical protection measures*), mecanismos tecnológicos de control de copia de obras intelectuales, termina por poner en riesgo otros varios derechos, como el derecho a la privacidad y el derecho del consumidor.

En este sentido, son sabias las palabras de Guilherme Carboni:³¹

Los sistemas DRM impiden cualquier tipo de copia, incluso aquellas permitidas por la legislación de derechos de autor de los distintos países, lo que significa que pueden constituir una seria violación a las limitaciones de esos derechos.

Algunos defensores del DRM han abrazado la posición de que su tecnología permitiría alcanzar los fines deseados, sin causar daños a los usuarios y a sus computadoras. Otros creen que los titulares de los derechos de autor deberían tener el derecho de decidir sobre la forma de distribución de sus obras, manteniendo el control sobre las mismas. En ese caso, el DRM sería uno de los medios para que la efectivación de ese derecho se hiciera posible.

En nuestra opinión, el sistema DRM no trae beneficios para la sociedad. Cory Doctorow, en su interesante “DRM Talk” menciona que siempre que una nueva tecnología comienza a entorpecer el derecho de autor, es éste quien viene a ser modificado y no lo contrario. Para él, el derecho de autor no es una proposición ética, sino utilitaria. La nueva tecnología que perturba el derecho de autor normalmente procura simplificar y abaratar la creación, la reproducción y la divulgación de obras intelectuales. Doctorow dice que las nuevas tecnologías siempre nos dan más arte y con una mayor amplitud, siendo ésta su función. Metaforizando, dice que “las nuevas tecnologías nos dan tortas mayores para que una mayor cantidad de artistas pueda sacar sus pedazos”.

Más adelante, y tratado el tema bajo un prisma que particularmente nos interesa, afirma:³²

El propio Informe de la Comisión para Derechos de la Propiedad Intelectual – Integrando Derechos de la Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo, de la Organización Mundial del Comercio (OMC) dispone: “el advenimiento de la era digital ofrece a los países en desarrollo grandes oportunidades de acceso a informaciones y conocimientos. La creación de bibliotecas y archivos digitales, el aprendizaje a distancia vía internet y la capacidad de científicos e investigadores para tener acceso, en tiempo real, a sofisticadas bases de datos de información técnica online son sólo algunos ejemplos. Pero el advenimiento de la era digital también trajo amenazas nuevas y serias al acceso al conocimiento y su difusión. En particular, existe el riesgo real de que el potencial de internet en el mundo en desarrollo se pierda a medida que los titulares de derechos de autor apliquen tecnología para impedir el acceso público por intermedio de sistemas pay per view”.

El abuso de regulación tecnológica puede llevarnos a situaciones absurdas, injustas y, algunas veces, tristemente cómicas. Adobe, por medio de su sistema de *e-books*

(libros que pueden bajarse por *internet*), protagonizó hace algún tiempo un acontecimiento curioso.

En su catálogo de libros que podrían bajarse para leer, estaba el clásico en dominio público (o sea, el plazo de protección previsto por las leyes de derechos de autor ya había expirado) “Alicia en el País de las Maravillas”. Aunque el libro estuviera en dominio público, al pulsar en el programa para tener acceso a su contenido, el usuario se topaba con la siguiente lista de restricciones:³³

- Copia: ninguna parte del libro puede ser copiada;
- Impresión: no está permitido imprimir este libro;
- Préstamo: este libro no se puede prestar o dar a terceros;
- Donación: este libro no puede ser donado;
- Lectura en voz alta: este libro no puede ser leído en voz alta.

Por tratarse especialmente de un libro en dominio público, lo absurdo de las prohibiciones habla por sí solo. Aparentemente se trataba del caso de que un libro infantil en dominio público no podría ser leído en voz alta por los padres a sus hijos.

Ante las preguntas sobre las vedaciones, Adobe prontamente se defendió diciendo que la última de las prohibiciones se refería al uso del comando “leer en voz alta” del programa, y no al hecho de que alguien lea el libro en voz alta a un tercero. Pero entonces, indaga Lawrence Lessig: si alguien lograra sortear el medio tecnológico que impide que el libro sea leído en voz alta para que la lectura la hiciera el propio programa a un ciego, ¿Adobe consideraría que hubo un uso injusto del programa?³⁴

Como se nota fácilmente, también en el sistema del *fair use* es necesario que se busquen nuevos contornos interpretativos para efectivizar de manera satisfactoria el derecho humano del acceso al conocimiento y, por consiguiente, a la educación.

Conclusión

Sobre la interacción entre los derechos de autor y los derechos humanos, Guilherme Carboni afirma que:³⁵

de acuerdo con el artículo XXVII de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, “todo hombre tiene el derecho de participar libremente de la vida cultural de la comunidad, de fruir de las artes y de participar del progreso científico y de sus beneficios”. El punto 2 de este mismo artículo dispone que “todo hombre tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual sea autor”. Vemos, pues, que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre consagró como derechos humanos tanto el derecho a la cultura como el derecho de autor, lo que significa que debe haber un equilibrio entre ellos.

La ley persigue este deseado equilibrio. Sin embargo, en el caso de Brasil, la disciplina legal quedó muy atrás de lo necesario para que el derecho humano a la cultura –y en consecuencia el derecho humano a la educación, a la libertad de expresión y a los demás a que nos referimos anteriormente– fuera efectivado.

Del mismo modo, el sistema del *fair use* angloamericano, aunque más flexible, acarrea el surgimiento de situaciones que ponen en desequilibrio el derecho a la cultura y la protección de los derechos de autor.

Asimismo, hoy es imprescindible analizar el uso ponderado de la tecnología como forma de diseminación del conocimiento, y no de su restricción indebida.

Coincidimos con Emilio García Méndez cuando declara que “si la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que ‘todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos’, es justamente porque los hombres no son iguales por naturaleza, pues, si así fuera, el contenido de esa declaración sería, como mínimo, superfluo”.³⁶ De hecho, así lo es. Por eso, nada más relevante, nada más urgente, que tratar a los desiguales de manera distinta a fin de que disminuyan las desigualdades cuando éstas les son perjudiciales.

Un país que tiene 6 millones de niños viviendo en la absoluta pobreza,³⁷ como es el caso de Brasil, no puede desconsiderar los beneficios de la tecnología ni tampoco encarar los derechos de autor como regla absoluta a ser preservada. Los derechos de autor se encuentran dentro de un contexto mucho mayor, que implica reglas constitucionales y de carácter internacional que es necesario respetar. En la medida en que la Constitución Nacional brasileña impone la observancia de la función social de la propiedad a todos los tipos de bienes – incluso los inmateriales– es imperioso que la LDA sea leída a la luz de la Constitución Nacional, y no lo contrario.

A los millones que viven en la pobreza y abajo de la línea de pobreza en los países en desarrollo³⁸ no se les puede sustraer en hipótesis alguna el derecho que tienen de ser instruidos para elevar su nivel de bienestar social. Ni hay que considerar, aquí, que el libre acceso no remunerado a ese grupo de personas a los bienes intelectuales acarrearía perjuicios a los titulares de los derechos de tales bienes si las personas viviendo en la pobreza y abajo de la línea de la pobreza están fuera del mercado consumidor por absoluta falta de recursos económicos. De esta forma, no hay ningún perjuicio en que fueran los bienes intelectuales accesibles gratuitamente o a precios muy reducidos, de otra forma jamás serían consumidos.

Si los derechos sociales, económicos y culturales son realmente derechos exigibles –como predica la mejor doctrina–³⁹ entonces, los derechos de autor deben ser el espejo de la promoción de esos derechos humanos, nunca su barrera. En un momento de crisis como éste –en el que las leyes antiguas no se ajustan más y no tenemos todavía leyes nuevas adecuadas– es imperioso que reflexionemos sobre qué caminos pretendemos tomar.

NOTAS

1. Todas las referencias a la Declaración Universal de Derechos Humanos se basan en el texto disponible en <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, consultado el 16 de diciembre de 2006.
2. E. G. Méndez, op. cit, p.9 "Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: reflexiones para una nueva agenda", *Revista SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, San Pablo, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004, p. 12.
3. R. Borges, Caderno Eu & Fim de Semana, *Valor Econômico*, Río de Janeiro, 16 de julio de 2004, p. 10. Según la autora Lesley Ellen Harris, una abogada que actúa en Canadá, la propiedad intelectual respondería por cerca del 20 % (veinte por ciento) del comercio mundial, lo que significa aproximadamente US\$ 740 mil millones (la autora probablemente se refiere a cuantías anuales). En el original: "IP accounts for more than 20 percent of world trade, which equals approximately US\$ 740 billion". L.E. Harris, *Digital Property – The Currency of the 21st. Century*, Toronto, McGraw Hill, 1998, p. 17.
4. En ese sentido, A. de Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas, Romana, 2004, p. 24, entre otros.
5. D. B. Barbosa, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 71-72.
6. Ibid.
7. Por eso, los bienes de propiedad intelectual son llamados "no rivales" por la doctrina, pues el uso por parte de una persona no impide el uso del mismo bien, al mismo tiempo, por otra.
8. W. M. Landes & R. A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 18-19.
9. Thomas Jefferson habría dicho, con respecto a la diferencia entre la naturaleza de las ideas y la de los bienes materiales, que su característica peculiar, respecto de las ideas, es que nadie la posee menos, pues cada uno la posee íntegramente. En el original, citado por Ronald Bettig, se lee que "its peculiar characteristic, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it". R. V. Bettig, *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder, Westview Press, 1996, p. 79.
10. R. Lemos, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Río de Janeiro, Ed. FGV, 2005, p. 13.
11. Naturalmente, nos referimos al libro a modo de ejemplo; el principio se adecua a cualquier otro bien intelectual.
12. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 37.
13. R. Lemos, "A Revolução das Formas Colaborativas", Caderno Mais, *Folha de São Paulo*, San Pablo, 18 de abril de 2004, p. 10.

14. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit. pp. 66-67.
15. Se denomina *clearing* al acto por el que se obtienen todas las licencias necesarias para el uso de obras de terceros que aparezcan en la película, aunque de manera incidental, para evitar posibles trastornos en la exhibición de la obra. La exhibición de "Doce Monos", película de 1995, dirigida por Terry Gilliam, fue suspendida judicialmente porque un artista afirmó que se exhibía en ella una silla cuyo diseño era de su autoría. L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, Nueva York, Random House, 2001, p. 4.
16. L. Lessig, op. cit., p. 5.
17. M. Rose, *Authors and Owners – The Invention of Copyright*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 2 y W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 60.
18. Al fin y al cabo, es posible concebir la creación intelectual en un mundo libre en el que todos estuvieran aptos para copiar las obras ajenas, pues siempre existirían aquellos que estarían dispuestos a crear sin dar importancia a eventuales contrafactores. Sin embargo, el desarrollo cultural estaría definitivamente impedido si fuera ilegal el aprovechamiento, aunque fuera mínimo, de obras de terceros, ya que eso impediría incluso la cita, lo que volvería ilícitos incluso trabajos como este. Es evidente que se trata aquí del análisis de dos extremos a los que nos referimos sólo *ad argumentandum*.
19. M.E.R. Jundi, "Das Limitações aos Direitos Autorais", *Revista de Direito Autoral*, Ano 1, Número 1, Río de Janeiro, Lumen Juris, agosto de 2004, p. 175.
20. Ley Brasileña de Derechos de Autor (LDA), 1998, art. 46, II.
21. E. Y. Abrão, *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, San Pablo, Ed. do Brasil, 2002, p. 148.
22. En el Reino Unido, se denomina *fair dealing*, aunque tenga características diferentes. Desde 1911 el *fair dealing* evolucionó para abarcar la cláusula general característica del *fair use* así como también las especificaciones legislativas que lo hacen acercarse al sistema continental europeo y, por ende, a nuestro sistema brasileño de previsión de las conductas no violadoras de derechos de autor. J. O. Ascensão, "O Fair Use no Direito Autoral", *Direito da Sociedade e da Informação*, Vol IV, Coimbra, Coimbra Editores, 2003, p. 95.
23. United States Copyright Act de 1976, que fue seguido por diplomas posteriores, como el *Digital Millenium Copyright Act*.
24. De acuerdo con traducción y comentarios de José de Oliveira Ascensão. J. O. Ascensão, op. cit., pp. 95-96.
25. J. O. Ascensão, op. cit., p. 98.
26. Profesor asistente de cultura y comunicación en la Universidad de Nueva York.
27. S. Vaidhyathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, p. 27.
28. Como vimos, estos son los puntos que componen el § 107 de la Ley de Derechos de autor norteamericana, anteriormente referida.

29. L. Lessig, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, pp. 95-99.

30. *Ibid.*, p. 99.

31. G. C. Carboni, *A Função Social do Direito de Autor e sua Regulamentação no Brasil*, San Pablo, Ed. Juruá, 2006.

32. *Ibid.*

33. L. Lessig, *Free Culture*, op. cit. En el original, las prohibiciones tienen el siguiente texto:

- "Copy: no text selections can be copied from the book to the clipboard;
- Print: no printing is permitted of this book;
- Lend: this book cannot be lent or given to someone else;
- Give: this book cannot be given to someone else;
- Read aloud: this book cannot be read aloud."

34. *Ibid.*

35. G. C. Carboni, op. cit.,

36. E. G. Méndez, op cit, p.9.

37. Disponible en <http://www.bris.ac.uk/poverty/Child%20poverty_files/UNICEF%20report%20stuff/BBC%20Brasil.htm>, consultado el 17 de diciembre de 2006.

38. Los números son asustadores. "El Banco Mundial define la pobreza extrema como vivir con menos de 1 dólar por día (PPP) y pobreza moderada como vivir con entre 1 y 2 dólares por día. Se estima que 1100 millones de personas a nivel mundial tienen niveles de consumo inferiores a 1 dólar por día y que 2700 millones tienen un nivel inferior a 2 dólares." Disponible en <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>, consultado el 17 de diciembre de 2006.

39. En este sentido, ver F. Piovesan, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos", *Revista SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, San Pablo Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponibles en el sitio www.surjournal.org

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y
derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de
reparaciones por violaciones de los derechos
humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para
el avance de los derechos humanos en los
sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después
del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones
sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo
del Milenio: Oportunidades para los
derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación
de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los
derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:
Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos,
sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos:
rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso
a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y
derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección
a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes
de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad:
una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta
Comisionada de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras:
Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones:
¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos:
Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA