



Reconceptualizando los derechos de autor: estableciendo un esquema consistente con la libertad de expresión en la era digital

Michael Karanicolos¹
Legal Officer
Centre for Law and Democracy
michael@law-democracy.org

Junio 2013

Leyes, como los derechos de autor, que limitan la libertad de expresión restringiendo el acceso a trabajos creativos, deben ser siempre diseñados precisa y cuidadosamente. Cuando una ley es constantemente infringida, se debe cuestionar su razón de ser, eficacia y pertinencia. Los derechos de autor son proablemente las normas más ignoradas en la historia legal. BitTorrent Inc., creador de una de los protocolos para compartir archivos más populares, manifestó en enero de 2012 tener más de 150 millones de usuarios activos a nivel mundial.² Un estudio realizado entre 2008 y 2009 concluyó que el intercambio de archivos *peer-to-peer* constituye más de la mitad del tráfico en línea, incluyendo un 70% del tráfico en Europa del Este.³ Otros estudios han estimado que el porcentaje de archivos BitTorrent que se comparten en contravención a los derechos de autor asciende al 98%⁴ o 99%.⁵ La piratería es cada vez más aceptada, en particular dentro de la

¹ Gracias a Toby Mendel por ayudar y editar el document. Y a Portia Karegeya, Lauren Leahy, Sean McGarry, Patrick O'Neill, Allison Pressé, Katie Sammon, Nicole Slaunwhite y Jason Smythe por investigaciones adicionales.

² "BitTorrent and µTorrent Software Surpass 150 Million User Milestone; Announce New Consumer Electronics Partnerships" (9 enero 2012). Disponible en: http://www.bittorrent.com/intl/es/company/about/ces_2012_150m_users.

³ Hendrik Schulz and Klaus Mochalski, "Internet Study 2008/2009", ipoque, 2009. Disponible en: <http://www.ipoque.com/sites/default/files/mediafiles/documents/internet-study-2008-2009.pdf>.

⁴ Jacqui Cheng, "Only 0.3% of files on BitTorrent confirmed to be legal", Ars Technica, 24 julio 2010. Disponible en: <http://arstechnica.com/tech-policy/2010/07/only-03-of-files-on-bit-torrent-confirmed-to-be-legal/>.

juventud; inclusive el intercambio ilegal de archivos se ha detectado en las esferas más altas del gobierno, incluyendo direcciones de IP del Departamento de Justicia, del Departamento de Seguridad Nacional y de la Cámara de representantes de los Estados Unidos, del Bundestag alemán, del Tweede Kamer holandés, de las Cortes Generales españolas y del Parlamento europeo.⁶

Hasta cierto punto, la prevalencia de la piratería se debe a esquemas de comercialización y de tarifas imperfectos por creadores de contenido, los cuales están diseñados para asegurar ganancias en los Estados Unidos y en Europa en vez de maximizar el público receptor.⁷ Sin embargo, el crecimiento exponencial de la piratería también es producto del cambio cultural consistente en rechazar las restricciones que permiten únicamente acceso al contenido que uno puede costear. Es difícil concebir que consumidores que están acostumbrados a tener acceso virtualmente a un contenido ilimitado con tan solo el clic de un botón, acepten un modelo económico que implique pagar de manera individual por cada disco, película o libro. Esta desconexión entre los derechos de autor y la era digital se acentúa con el impacto negativo que tienen los derechos de autor hacia los creadores de contenido. Muchos artistas modernos, como Shepard Fairey o Gregg “Girl Talk” Gillis, son constantemente amenazados con demandas debido a la naturaleza de su trabajo.⁸

En reacción al crecimiento de la piratería, las industrias poseedoras de los derechos de autor han combatido la aparente amenaza a sus esquemas de negocios con la finalidad de proteger sus intereses. Parte de esta estrategia ha incluido atacar redes de piratería por medio de una serie de demandas ineficaces. Cuando Napster fue apagado los usuarios se cambiaron a Limewire, y cuando Limewire fue apagado los usuarios se cambiaron a BitTorrent, una red descentralizada que no puede “apagarse” por ninguna jurisdicción.⁹ En algunos países, las industrias poseedoras de los derechos de autor han atacado piratas individuales con el fin de crear un efecto amedrentador hacia la práctica en general. Sin embargo, y a pesar de haber

⁵ Jacqui Cheng, “BitTorrent census: about 99% of files copyright infringing”, Ars Technica, 30 enero 2010. Disponible en: <http://arstechnica.com/business/2010/01/bittorrent-census-about-99-of-files-copyright-infringing/>.

⁶ “Exposed: BitTorrent Pirates at the DOJ, Parliaments, Record Labels and More”, Torrent Freak, 26 diciembre 2012. Disponible en: <http://torrentfreak.com/exposed-bittorrent-pirates-at-the-doj-parliaments-record-labels-and-more-121226/>. “FBI Employees Download Pirated Movies and TV-Shows”, Torrent Freak, 9 febrero 2013. Disponible en: <http://torrentfreak.com/fbi-employees-download-pirated-movies-and-tv-shows-130209/>.

⁷ Joe Karaganis, *Media Piracy in Emerging Economies* (New York: Social Science Research Council, 2011). Disponible en: http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/%7Bc4a69b1c-8051-e011-9a1b-001cc477ec84%7D.pdf.

⁸ Dave Itzkoff, “Judge Urges Resolution in Use of Obama Photo”, New York Times, 28 mayo 2010. Disponible en: http://www.nytimes.com/2010/05/29/arts/design/29arts-JUDGEURGESRE_BRF.html?_r=0.

⁹ Nick Bilton, “Internet Pirates Will Always Win”, New York Times, 4 agosto 2012. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/08/05/sunday-review/internet-pirates-will-always-win.html?_r=0.

obtenido indemnizaciones de hasta \$675,000 USD,¹⁰ la táctica no ha tenido un impacto en las tendencias de intercambio de archivos. Otros estados, como Corea del Sur, el Reino Unido y Francia, han establecido marcos legales que deniegan acceso a los usuarios que infringen los derechos de autor; esta acción resulta problemática debido a la gran importancia que tiene Internet como un mecanismo facilitador de derechos humanos, así como el creciente reconocimiento que se le ha dado al acceso al Internet como un derecho humano.¹¹ Resulta más preocupante la ola de propuestas de ley, incluyendo la *Stop Online Piracy Act* (SOPA) en los Estados Unidos y el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), que incluyen provisiones que afectarían de manera determinante la funcionalidad del Internet. Aunque ambas propuestas fueron rechazadas, existen informes que provisiones similares se están incluyendo en el *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPP), un tratado de libre comercio multinacional que se está negociando en secreto.¹²

Desde un punto de vista de libertad de expresión, el potencial impacto que pueden tener en el Internet las soluciones propuestas para contener la piratería son perturbadoras. Estas amenazas y el impacto de los derechos de autor en la libertad de expresión, causan una importante necesidad de repensar la estructura fundamental de dicho concepto con el fin de asegurar que coincida con los principios de la libertad de expresión en la era digital. Dentro del derecho internacional existe un esquema robusto y debidamente establecido para medir la legitimidad de marcos legales que afectan la libertad de expresión, el cual se basa en un examen tripartita estipulado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el cual prevé que el esquema correspondiente debe estar claramente previsto en la ley, debe proteger un interés legítimo y debe ser necesario para la protección de dicho interés.¹³

La primera parte del examen estipula que las leyes que afectan la libertad de expresión deben ser claras y accesibles; esta parte representa un problema con los derechos de autor modernos. El hecho que las estructuras y excepciones de los derechos de autor hayan sido diseñadas para una era previa implica que el trabajo de muchos artistas digitales se desarrolla en terreno incierto, mientras que la severidad de las sanciones por violación a los derechos de autor provoca un efecto amedrentador dirigido a la creación innovadora.¹⁴ Las diferencias entre esquemas nacionales crean un problema adicional, ya que la publicación en línea es global. Los

¹⁰ "US music file-sharer must pay damages", BBC News, 24 agosto 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-19370862>.

¹¹ Centre for Law and Democracy, *A Truly World-Wide Web: Assessing the Internet from the Perspective of Human Rights* (Halifax: Centre for Law and Democracy, 2012). Disponible en: <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/final-Internet.pdf>.

¹² Ver análisis del Electronic Frontiers Foundation en: <https://www.eff.org/issues/tpp>.

¹³ UN General Assembly Resolution 2200A(XXI) del 16 de diciembre 1966, efectuado 23 March 1976.

¹⁴ Ejemplo en: http://waxy.org/2011/06/kind_of_screwed/.

trabajos cuya distribución y comercialización son perfectamente legales en los Estados Unidos pueden enfrentar problemas si son comercializados (o inclusive descargados) en Europa, resultando en sanciones potenciales en contra del autor. En otras palabras, los artistas ahora deben considerar una diversidad de estándares globales a efecto de determinar qué constituye un uso legítimo de material bajo los derechos de autor. La primera parte del examen demuestra una clara necesidad de actualizar, clarificar y unificar los derechos de autor.

La segunda parte del examen tripartita consiste en que el objetivo primordial de los derechos de autor debe ser promover la expresión, incentivando la producción de contenido creativo y permitiendo a los artistas lucrar con su trabajo, lo que permite el surgimiento de una clase profesional de creadores de contenido, beneficiando tanto a estos como a su audiencia, la cual se beneficia desde un punto de vista mas rico en expresión. El artículo 19 del ICCPR incluye los derechos de otros como fin legítimo. Sin embargo, existe una dificultad conceptual al aplicar el concepto “necesidad” al examen tripartita de los derechos de autor, ya que está estructurado para oponer la libertad de expresión contra el interés en conflicto, pero con una fuerte tendencia a favor de la libertad de expresión por su importancia fundamental como derecho humano.¹⁵ A pesar de que los derechos de autor restringen la libertad de expresión, su objetivo primordial es también el promover la expresión. Consecuentemente, al aplicar el examen tripartita a los derechos de autor, no resulta claro si son los proponentes o los oponentes del esquema quienes deben justificar la “necesidad” de su posición según lo previsto en el examen. Esto crea una dificultad conceptual al analizar los derechos de autor desde una perspectiva de derechos humanos. A efecto de resolver esta dificultad, este análisis propone la modificación del examen tripartita. Propone lidiar con cada área del debate dentro de un espectro del derecho de los derechos de autor, en el cual las leyes pueden ser o extremadamente proteccionistas de los creadores de contenido o brindar un apoyo de amplio acceso.. Para cada cuestión, existen intereses o argumentos específicos que sugerirían adecuar la formula legal ideal para ser más o menos restrictiva. El examen tripartita modificado, como se sugiere, considera los intereses en juego de cada una de estas cuestiones a efecto de aislar en qué parte del espectro los derechos de autor deben ser estructurados con la finalidad de que el objetivo de promover la libertad de expresión sea lo más efectivo posible. Las cuestiones más relevantes son el ámbito de aplicación, el término, las excepciones y los trabajos derivados, así como las sanciones.

Respecto al ámbito de aplicación, los derechos de autor están estructurados en una forma muy amplia y restrictiva. El artículo 5(2) de la Convención de Berna requiere

¹⁵ Toby Mendel, *Restricting Freedom of Expression: Standards and Principles* (Halifax: Centre for Law and Democracy, 2011). Disponible en: <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.03.Paper-on-Restrictions-on-FOE.pdf>.

que los estados incluyan sin formalidad alguna protección de derechos de autor a cualquier trabajo dentro del dominio literario, científico y artístico. Prácticamente, esto ha sido interpretado para aplicar a trabajos de cualquier índole, incluyendo memorándums internos corporativos¹⁶ y códigos regulatorios de gobierno.¹⁷ Existe un interés general del creador de contenido de aplicar ampliamente los derechos de autor y de asegurar que los artistas no tengan que enfrentar problemas legales para obtener protección para su trabajo. Sin embargo, una amplia aplicación también limita la accesibilidad, ya que obstaculiza la habilidad de las personas para acceder al contenido. A efecto de resolver estos intereses encontrados, una opción es crear excepciones para áreas en las que las protecciones de los derechos de autor son innecesarios para incentivar creación, como lo son las revistas académicas y los memorándums legales o corporativos. En el caso de investigación académica financiada con subvenciones públicas, existe un claro interés en facilitar la apertura de información. Otra opción potencial sería cambiar desde un sistema opt-out, donde lo que el autor escribe le pertenece automáticamente, a uno opt-in, si el autor quiere que el trabajo le pertenezca debe reclamarlo como suyo con una marca simple y universalmente reconocida como símbolo.

La segunda área de debate es la del término. Por un lado, protecciones prolongadas implican que los consumidores tendrán un acceso más costoso y difícil a los trabajos artísticos, ya que su entrada al dominio público se ve retardada. Un intercambio abierto permite a los usuarios expandir sus horizontes culturales al probar una ilimitada diversidad de estilos y formatos. Dado el paso acelerado al cual cambia la tecnología de almacenamiento de información, términos prolongados de derechos de autor pueden conllevar a la pérdida de trabajos con bajo valor comercial, debido a que los formatos utilizados pueden decaer o volverse obsoletos. Existe un argumento consistente en que extender la protección, fortalece el objetivo subyacente de los derechos autor de promover la expresión, ya que aumenta el incentivo de los artistas para producir. Sin embargo, mientras que términos prolongados pueden permitir a algunos artistas disfrutar inmediatamente beneficios limitados, como aquéllos que venden su trabajo a organizaciones de derechos de representación con SESAC,¹⁸ existe sin lugar a dudas una devolución decreciente en estas extensiones. Dado el paso al cual la cultura moderna se mueve, las ventanas de rentabilidad para el trabajo de artistas también está decayendo.¹⁹ Para la industria de la música, también es evidente que, en lo concerniente a las ganancias relativas a la propiedad intelectual, los creadores más destacados

¹⁶ *Online Policy Group, et. al. v. Diebold Incorporated, et. al.*, 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D.Cal. September 30, 2004).

¹⁷ "Free Speech Battle Over Publication of Federal Law", Electronic Frontier Foundation, 22 febrero 2013. Disponible en <https://www.eff.org/press/releases/free-speech-battle-over-publication-federal-law>.

¹⁸ Ver <http://www.sesac.com/>.

¹⁹ Ver <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/hollywood/business/windows.html>.

representan una proporción mucho mayor de ganancias, que aquéllos que no lo son.²⁰ Ultimadamente, se puede afirmar con seguridad que la estructura actual prevé términos demasiado largos y un enfoque tajante respecto a cuestiones que deberían decidirse en función de los medios y el género del contenido, así como al grado de control necesario para promover creatividad. Es difícil percibir como restricciones que van más allá de la vida del artista pueden estar justificadas bajo las líneas anteriores, aunado al hecho de que no hay un motivo razonable para extender los derechos de autor de forma retroactiva, ya que claramente no se puede incentivar las creaciones que ya existen.

A efecto de lidiar con los usos derivados de materiales bajo derechos de autor, diferentes países han optado por diferentes enfoques. Algunos países, como los Estados Unidos o Corea del Sur, otorgan un derecho relativamente amplio de parodia, pero muchos otros, como México y Kenia, no. En contraste con las cuestiones previas, mismas que implican un juego entre los intereses de creadores y consumidores, en este caso el interés de acceso al contenido no se encuentra involucrado. Una vez más estamos frente a un problema de incentivación y frente a un argumento concomitante de mantener restricciones que permitan a los artistas reclamar licencias tarifarias, incrementando el costo de creación para desincentivarlo eficientemente. Por el otro lado, en este caso las tarifas vienen de otros artistas, debido a que están utilizando materiales previos para crear nuevos. Para obtener un balance óptimo, es útil recordar el papel central que tienen el tomar prestado y la apropiación de materiales ajenos dentro del amplio proceso artístico. Desde Shakespeare hasta Bob Dylan, todos los artistas influyentes han creado obras basándose en sus predecesores.²¹ T.S. Eliot incluso cito que la habilidad de un artista para tomar prestado es una señal de su talento.²² Sin embargo, hasta en jurisdicciones liberales como la de los Estados Unidos, el esquema actual hace que los artistas bloqueen obras fuera del proceso artístico normal, y evita que se creen secuelas, respuestas o refutaciones a sus ideas. Cuando se lidia con trabajos derivados, aun queda la necesidad de separar conceptualmente los aspectos comerciales de los derechos, de autor de los derechos morales del creador. Todos los creadores, al igual que el público en general, tienen un interés en mantener la integridad de los artistas y de su trabajo. Pero el argumento de la incentivación es ínfimo en comparación con el fuerte impacto opresivo que las restricciones de derechos de autor comerciales pueden tener en el proceso artístico natural. La excepción para los usos derivados debería expandirse para asegurar que el proceso

²⁰ Peter C. DiCola, "Sound Recording Just 6% of Average Musician's Income" (2013), Arizona Law Review, Forthcoming; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-01. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2199058>.

²¹ "Bob Dylan rejects 'plagiarism' claims", BBC News, 13 septiembre 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/entertainment-arts-19586129>.

²² T.S. Eliot, *The Sacred Wood* (New York: Alfred A. Knopf, 1921). Disponible en: <http://www.bartleby.com/200/sw11.html>.

artístico natural de tomar prestado, volver a utilizar y apropiarse ejerza plenamente.

La cuarta área de controversia es aquélla concerniente con las sanciones por violaciones a los derechos de autor. La necesidad percibida de impulsar la aplicación de los derechos de autor estaba en el núcleo de SOPA y ACTA. Los proponentes de una legislación más fuerte señalan que la gran escala bajo la cual la piratería está surgiendo es evidencia de la necesidad de aumentar las sanciones, a efecto de fomentar un ambiente de respeto por la ley. Tanto los creadores como los consumidores tienen un interés general de mantener el respeto por la ley. Sin embargo, es ampliamente reconocido que sanciones extremadamente duras en relación con leyes que impactan la libertad de expresión son problemáticas, ya que pueden tener un impacto amedrentador en la expresión legítima. Para determinar la idoneidad y la necesidad de dichas sanciones para la piratería, es esencial medir el impacto negativo que la piratería ha tenido en las industrias de creación de contenido. A pesar de la terrible retórica de las industrias poseedoras de derechos, hay evidencia que demuestra que las industrias de la música,²³ los libros,²⁴ la televisión²⁵ y el cine²⁶ están en buenas condiciones. Esto se debe en parte al establecimiento de fuentes compensadores de ingresos, como iTunes y Netflix, que permiten a los productores de contenido comercializar sus productos digitalmente y llegar a una audiencia mas grande, no obstante que las tarifas son menos redituables. Además, el Internet ha conllevado a nuevas fuentes de ingresos más radicales como Kickstarter.²⁷ En comparación, la salud de las industrias de producción de contenidos y el crecimiento de la industria de la piratería, es un argumento fuerte en el sentido de que el impacto negativo de fuertes medidas anti-piratería, como limitar el uso de Internet a los usuarios, sopesa los beneficios del panorama expresivo. Ante la ausencia de una terrible amenaza a la habilidad de los creadores de contenido para mantenerse dentro del negocio, estas medidas son difíciles de justificar. Propuestas como SOPA y ACTA, cuyas provisiones amenazan la estructura del Internet en nombre de los derechos de autor, deben ser rechazadas precisamente por las mismas razones. Más allá de las medidas que afectan la libertad de expresión, un nivel apropiado de severidad para las penalidades por

²³ Michael Masnick & Michael Ho, "The Sky is Rising: A Detailed Look at the State of the Entertainment Industry", Floor 64, January 2012, p. 25. Disponible en: <https://s3.amazonaws.com/s3.documentcloud.org/documents/562830/the-sky-is-rising.pdf>. Estos numeros son factibles de no estar ajustados con la inflacion.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ "The winning streak", The Economist, 20 agosto 2011. Disponible en: <http://www.economist.com/node/21526314>.

²⁶ Brooks Barnes, "Hollywood Rebounds at the Box Office", New York Times, 23 diciembre 2012. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/12/24/business/media/hollywood-rebounds-at-the-box-office.html?_r=2&hp=&adxnnl=1&adxnnlx=1356347292-pCVcFew1l3ZLcpIvOqaQIw&.

²⁷ Amanda Palmer, "The Art of Asking", TED, febrero 2013. Disponible en: www.ted.com/talks/amanda_palmer_the_art_of_asking.html.

piratería deberían establecerse a un nivel que efectivamente promuevan cierto grado de respeto por la ley, sin amedrentar la expresión legítima.

El impacto de los derechos de autor sobre la libertad de expresión debería ser el centro de discusión del estado actual y futuro de los derechos de autor. La libertad de expresión es un derecho humano fundamental, y resulta inaceptable considerar el implementar reglas que tengan un impacto de tal magnitud sobre la capacidad de expresarse o de acceder y compartir información sin que previamente se haga una consideración exhaustiva de dichos efectos desde una perspectiva de derechos humanos.