

**ACCESO A LA CULTURA Y DERECHOS DE AUTOR.
EXCEPCIONES Y LIMITACIONES
AL DERECHO DE AUTOR**

ACCESO A LA CULTURA Y DERECHOS DE AUTOR.
EXCEPCIONES Y LIMITACIONES
AL DERECHO DE AUTOR

Editor:
Alberto Cerda Silva
Director de Estudios
ONG Derechos Digitales

Esta publicación ha sido posible
gracias al valioso apoyo brindado por
Ford Foundation.

Acceso a la Cultura y Derechos de Autor.
Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor

ONG Derechos Digitales
N° de inscripción: 172.643
I.S.B.N.: 978-956-319-379-4

Representante Legal
Claudio Ruiz Gallardo
claudio@derechosdigitales.org

Editor
Alberto Cerda Silva
alberto@derechosdigitales.org

ONG Derechos Digitales
Diagonal Paraguay 458, Piso 2
Santiago de Chile. C.P. 855003.
Teléfonos (56-2) 632 36 60
URL: <http://www.derechosdigitales.org>
e-mail: info@derechosdigitales.org

Diseño de portada
Felipe Cortez Orellana
oficina@faco.cl

Diagramación e Impresión Digital
LOM Ediciones Ltda.
Concha y Toro 25
Santiago de Chile
Teléfono (56-2) 672 2236

Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Atribución Creative Commons 2.0 Chile. Ud. puede copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito al autor original de la obra. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en <http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/cl>

SUMARIO

Palabras preliminares <i>Alberto Cerda Silva</i>	9
Acceso a la Cultura y regulación de Derecho de Autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile <i>Paula Jaramillo Gajardo</i>	17
Hacia una dogmática para el acceso en Chile <i>Claudio Ruiz Gallardo</i>	31
Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en Brasil: Logrando un equilibrio entre la protección y el acceso al conocimiento <i>Pedro de Paranagua Moniz</i>	55
Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador <i>Sergio Aguiñada y Claudia Ortiz</i>	79
Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor, desde una perspectiva económica <i>Gerson Elí Martínez y Georgina Handal</i>	103
La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio? <i>María Paz Canales L. y María del Pilar Soffia A.</i>	121
Derribando algunos mitos en torno a la ingeniería inversa de software <i>José Luis Baro Ríos</i>	137

Presentación

Con desenfadada candidez, Anthony Giddens nos hace suponer que el curso de los acontecimientos en la vida moderna es el resultado de un desenfreno carente de explicación; sin embargo, muy al contrario, una lectura acuciosa y documentada de la realidad debía conducirnos a sostener, sin ambages, que definiciones centrales para el futuro de nuestra sociedad, para la supervivencia de las libertades ciudadanas y el ideario democrático, se vienen articulando conscientemente, en algo que metafóricamente Joseph Stiglitz ha dado en llamar el “Consenso de Washington”, fuente de malestar hacia el cariz que se observa en el proceso de globalización.

Quizá en ningún caso más que en el tratamiento de los eufemísticamente denominados derechos de propiedad intelectual pueda apreciarse la construcción intencionada de la sociedad de la información. La concurrencia de actores, el rol de las agencias y los acuerdos internacionales, las iniciativas normativas a nivel internacional y doméstico, ponen en evidencia la ausencia de azar en la adopción de políticas públicas de alcance global: el avance suscitado en las últimas dos décadas en la construcción de un marco regulador de los derechos de autor, ha menospreciado recurrentemente el interés público, que supone garantizar condiciones de acceso al conocimiento.

El interés público, contrariamente a lo preconizado por Robert Sherwood, no sólo sobreviene tras el vencimiento de los plazos de protección de la propiedad intelectual, sino que es coexistente –y aun preexistente, en determinados casos– a la vigencia de los derechos de autor, y una apropiada normativa no puede prescindir de la relevancia que el acceso implica para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como para la preservación de condiciones de desarrollo económico sustentable de un país.

En tal contexto, ONG Derechos Digitales viene desarrollando diversas acciones orientadas a promover los derechos humanos en el entono en línea en general, y particularmente una adecuada regulación de los derechos de autor, de modo que éstos salvaguarden con igual énfasis el derecho de los creadores al merecido reconocimiento por sus obras con el derecho de las personas a participar de los progresos de la ciencias, las artes y la tecnología. Promoción y difusión, capacitación, investigación, incidencia legislativa e implementación de soluciones alternativas han constituido nuestro trabajo.

Desde finales del año 2006, ONG Derechos Digitales viene desarrollando, además, un proyecto específico, denominado “Derecho de Autor y Derechos Humanos. Monitoreo, Investigación y Fortalecimiento de la Sociedad Civil”, cuyo objetivo es promover una reflexión crítica respecto de la regulación de los derechos de propiedad intelectual y su impacto en el acceso a la cultura y el conocimiento. El paso previo a disponer de una adecuada regulación que resguarde el interés público es fortalecer el discurso social de los actores relevantes en el medio nacional, tales como bibliotecas, museos, asociaciones gremiales, o simples agrupaciones.

Precisamente, en el marco del proyecto recién mencionado, durante los días 24 y 25 de abril de 2008 recién pasados, hemos tenido la ocasión de congregar a invitados nacionales y extranjeros en el Seminario sobre Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. En tal oportunidad hemos procurado reflexionar sobre la regulación de los derechos de autor y su incidencia en el acceso al conocimiento, y más particularmente sobre el rol que las excepciones y limitaciones al derecho de autor juegan en tal pretensión de acceso.

Por supuesto, el acceso al conocimiento no se agota en la regulación del derecho de autor, ni las excepciones son la única vía a través de la cual éste logra aquél, pero es incontestable su íntima relación y nos ha parecido imperioso comenzar por este tema; la apertura del debate legislativo, en torno a una modificación sustantiva a la ley de propiedad intelectual en Chile, generaba un contexto y oportunidad única para la socialización del tema.

El texto que el lector tiene en sus manos recoge los estudios preliminares efectuados por varios de los expertos que intervinieron en el Seminario antes mencionado, y que éstos gentilmente han autorizado a difundir.

En el primer artículo, Paula Jaramillo Gajardo, quien es Directora de ONG Derechos Digitales y actualmente avanza en la conclusión de estudios de postgrado en el tema, procura establecer una relación entre el acceso a la cultura y regulación de derecho de autor, contextualizando en los acuerdos comerciales suscritos por nuestro país. Previo al análisis de tales compromisos, Paula fija un sentido a la frase “acceso a la cultura” y trata de establecer un distingo entre ésta y el acceso al conocimiento, aquél es funcional de éste. Enseguida, pasa revista al proceso de implementación normativa de tales acuerdos en el derecho interno, constatando las luces, pero más abundantes sombras, que ello ha supuesto para la concreción del acceso a la cultura. No obstante, el margen de maniobra conferido para la transposición de las normas, le permite llamar la atención en orden a que el proceso de adecuación se sostenga de modo que honre los pactos suscritos en el plano internacional y, a la vez, logre un sano equilibrio con el acceso a la cultura, en pos de un orden más justo.

En el siguiente artículo, Claudio Ruiz Gallardo, Presidente de ONG Derechos Digitales, constata el precario sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor previsto en la legislación chilena. Sin embargo, lejos de sumergirse en un análisis hermenéutico de la ley, Claudio avanza primero en dejar establecido el reconocimiento del derecho de acceso en nuestra normativa constitucional; este ejercicio de dogmática constitucional con pretensiones de interés público en torno al tema resulta novedoso para nuestro medio, que oscila entre el desconocimiento y la intencionada omisión, algo que no es de extrañar dado el ethos constitucional, en general, y el propio a la normativa de rango legal en materia de derechos de autor.

Enseguida, Pedro Paranagua, académico de la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas y coordinador del Programa A2K, nos invita a recuperar los propósitos y funciones originales del derecho de autor, tanto en cuanto incentivo para la creación y la difusión de obras intelectuales, como en cuanto promoción del acceso al disfrute de las mismas. Pedro emprende una revisión de la normativa brasilera sobre derecho de autor, de cara a los acuerdos internacionales sobre la materia, a efectos de identificar los múltiples puntos en los cuales es posible avanzar en acceso sin mermar la protección de los autores que procuran tales instrumentos. Este análisis es de peculiar importancia, si se considera la extrapolación de sus conclusiones a otros países de la región.

A continuación, Sergio Aguiñada y Claudia Ortiz, investigadores de Fundación Nacional para el Desarrollo de El Salvador, una institución de larga trayectoria y que entre sus múltiples líneas de trabajo ha desarrollado una profusa investigación en temáticas de propiedad intelectual, especialmente en patentes farmacéuticas y variedades vegetales, nos introducen en el marco legal e institucional que la regulación de los derechos de autor y conexos tienen en su país. Los autores constatan los progresos en la implementación de los compromisos internacionales asumidos por su país, aun cuando ello ha resultado ajeno a las consideraciones propias de los derechos humanos, el interés público y el desarrollo sostenible. Ello los ha invitado a la búsqueda de mecanismos que minimicen los efectos perversos de la actual regulación, de modo de lograr un equilibrio entre la persona que crea y la sociedad en que se asienta y de la que proviene.

El análisis se ve súbitamente perturbado y enriquecido con la aportación, desde una perspectiva económica, de Gerson Elí Martínez y Georgina Handal, también de Fundación Nacional para el Desarrollo de El Salvador. Su supuesto: para los países en desarrollo, los costes de la regulación de los derechos de autor superan los beneficios. Para aproximarse al tema, los autores revisan el mercado local de libros de texto universitario y software con cifras en mano. Pese a las limitaciones del análisis, admitidas por los propios autores, logran constatar que la aplicación de medidas más estrictas en relación a la protección de los derechos de autor perpetuarían la exclusión en el acceso a las nuevas tecnologías y la cultura, si ellas no están asociadas a iniciativas que garanticen también el acceso.

A continuación, nos ha parecido oportuno incluir dos estudios bastante específicos, pero de alto impacto en el acceso a la cultura: el primero sobre ingeniería inversa de software y el segundo sobre medidas de protección tecnológicas. Ambos han sido preparados por noveles abogados, egresados de las aulas de la Universidad de Chile, quienes han abordado temas emergentes de cara a la normativa chilena, que aún no implementa sus compromisos internacionales en la materia, ellos son: José Luis Baro, María Paz Canales y Pilar Soffia.

En el primero de estos textos, María Paz Canales y María del Pilar Soffia abordan el controvertido tema de la regulación de las medidas de protección tecnológicas, aquellos dispositivos técnicos que confieren control a los titulares de derechos sobre las obras, permitiéndoles redefinir técnicamente el estándar legal de acceso y uso de éstas. Al respecto, las autoras nos previenen de los nocivos efectos que la inapropiada regulación de estas medidas puede provocar respecto de la supervivencia de las excepciones y limitaciones al derecho de autor; de este modo, sin renunciar a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por Chile en la materia, instan a racionalizar la intervención penal y considerar la implementación de mecanismos que aseguren el derecho de acceso en los casos en que éste sea pertinente.

En el último texto, José Luis Baro aborda la ingeniería inversa de software, precisado previamente el concepto de esta disciplina, para luego avanzar en la desmitificación de la misma. Esta labor le es imprescindible, dado el desconocimiento y falso entendimiento que existe de ella en el medio nacional. Enseguida, José Luis revisa la utilidad que el reconocimiento de tal disciplina como excepción y limitación al derecho de autor tiene, fortaleciendo la competitividad de los mercados, mejorando las opciones de los consumidores, y permitiendo el desarrollo de una industria local, entre otros. En el plano jurídico, el autor se sustenta en el amplio reconocimiento internacional de la ingeniería inversa, y apoya decididamente el tratamiento de ella en el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso Nacional.

Nos resta agradecer a los autores, todos quienes desinteresadamente han contribuido no sólo con los textos de que hoy disponemos, sino que nos han permitido intercambiar opiniones con su participación en el pasado Seminario sobre Acceso a la Cultura y Derechos de Autor.

Del mismo modo, agradecemos el respaldo del Centro Cultural de España, que nos cobijara durante el desarrollo del ya mencionado Seminario, así como a la Biblioteca del Congreso Nacional y al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, por el apoyo brindado a la ejecución del evento. Y, finalmente, a Ford Foundation, que no sólo ha creído en esta iniciativa, comprometiéndose financieramente en ella, sino que nos ha mostrado una especial atención, en el entendido que el fortalecimiento del discurso social es imprescindible para avanzar en un equilibrado sistema de derechos de autor, que garantice el justo reconocimiento de los creadores con adecuados cauces de acceso para las personas a los progresos de nuestra sociedad.

ALBERTO CERDA SILVA
Director de Estudios
ONG Derechos Digitales

Artículos

ACCESO A LA CULTURA Y REGULACIÓN DE DERECHO DE AUTOR. DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ACUERDOS COMERCIALES SUSCRITOS POR CHILE

Paula Jaramillo Gajardo¹

SUMARIO: RESUMEN.- 1.- DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.- 2.- UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL “ACCESO A LA CULTURA”.- 3.- MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LOS TRATADOS Y SUS EFECTOS.- 4.- CONCLUSIONES.-

RESUMEN

El presente artículo aborda, desde la perspectiva de las obligaciones asumidas por Chile en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y el Acuerdo de Cooperación Comercial con la Unión Europea, la interacción entre el derecho de autor y el acceso a la cultura, que se verán afectados por los mencionados instrumentos internacionales, los que modificarán nuestra actual regulación sobre propiedad intelectual.

1.- DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En las últimas décadas hemos sido espectadores del creciente proceso de apertura de nuestro país hacia el exterior, fortaleciendo sus relaciones internacionales, y dando lugar, con ello, a la negociación y suscripción de numerosos tratados bilaterales de libre comercio. Dichos instrumentos, naturalmente orientados a la regulación de materias comerciales –tales como la desgravación de productos, la creación de zonas de libre comercio, el fortalecimiento de las normas aduaneras, entre otras–, han comenzado a

¹ Paula Jaramillo G. es Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Ha sido Investigadora del Centro de Estudios en Derecho Informático y también Ayudante de la Cátedra de Clínica Jurídica Especializada en Micro, Pequeña y Mediana Empresa, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Especialista en regulación de nuevas tecnologías y derecho de autor. Es miembro fundadora de la ONG Derechos Digitales. paula@derechosdigitales.org

recoger temas que tradicionalmente no estaban contemplados en estas tratativas. Así ha sucedido con la propiedad intelectual en general, y en específico, con los derechos de autor, marcas y patentes, por ejemplo, que han pasado a ser un tema regular en la agenda comercial de los países interesados en suscribir tratados bilaterales de última generación. Este es el caso de lo acontecido con el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (en adelante, TLC), y del Acuerdo de Cooperación Comercial (en adelante, ACC) celebrado con la actual Unión Europea, y vigentes desde los años 2004 y 2003, respectivamente.

Ambos acuerdos internacionales recién mencionados abordan entre sus contenidos los derechos de autor, aun cuando de maneras totalmente diversas. El primero, TLC, lo hace desde una perspectiva eminentemente comercial y jurídica, entregando normas detalladas para cada uno de ellos, las que, incluso, van más allá de los estándares internacionalmente fijados, cuando menos a lo que en materia de propiedad intelectual se refiere. En tanto, el ACC, tal y como lo indica su nombre, tiene una perspectiva que vela por el fomento de las relaciones de cooperación mutua y alianza entre las partes contratantes, es por ello que, en lugar de entregar una exhaustiva regulación de materias, se enfoca en criterios y principios fundamentales, otorgando las bases de una colaboración que va más allá de las normas particulares que las partes deben implementar, como un estándar mínimo deseable, en sus legislaciones nacionales.

Atendido lo anterior, se ha llegado a señalar que el TLC detenta la calidad de un tratado “ADPIC plus”, debido a que contiene exigencias mayores, o que exceden, a lo estipulado por el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Ello da claros indicios de una estrategia más intensa de los Estados Unidos para proteger su desarrollada industria de producción y comercialización de bienes culturales, mediante la suscripción de tratados bilaterales que imponen un alto nivel de protección como estándar mínimo que sus contrapartes deben cumplir, así sucede en el caso del TLC con Chile, según se desprende del artículo 17.1(1) del mismo.

En cambio, el ACC tiene un enfoque diferente, ya que se ha sujetado al avance de la agenda global en materia de tratados internacionales sobre propiedad intelectual –sin plus–, abogando por lograr un equilibrio entre sus distintos Estados miembros y los terceros ajenos a la Unión, y sus diversas tradiciones jurídicas, logrando una regulación que suele entregar un mayor margen de libertad para implementar las obligaciones que se señalan, bastante diferente a la postura de su par norteamericano.

Sólo considerando estos dos instrumentos internacionales, ya ratificados y vigentes, es posible sostener que surgirá una nueva regulación de derechos de autor en nuestro país, ajustada al cumplimiento de los compromisos adquiridos en ellos. Sin embargo, es conveniente preguntarse, ¿cuál es el efecto que esta nueva regulación podría producir

sobre el acceso a la cultura en Chile? La respuesta a esta interrogante es la que intentaremos esbozar enseguida.

2.- UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL “ACCESO A LA CULTURA”

Como primer punto, es necesario consensuar un concepto operacional de Acceso a la Cultura (A2K). En atención a ello, debemos comenzar señalando que resulta interesante que los tratados internacionales que se refieren al A2K, incluso como derecho fundamental, nada han dicho acerca de lo que debe entenderse por él, ni en los textos mismos ni en los documentos oficiales emanados de los organismos respectivos, limitándose únicamente a enunciarlo.

En esta situación se encuentran la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (Art. 48), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” (Art. 26) y el Protocolo de San Salvador (Art. 14) de dicho Pacto, todos de la Organización de Estados Americanos; la Carta Constitutiva (Art. 55), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 15), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 27), todas ellas emanadas de las Naciones Unidas.

Por tanto, debemos recurrir a la doctrina, que nos entrega varias opciones. Para estos efectos, y dada su versatilidad, escogeremos, específicamente, la que nos entrega el profesor de la Universidad de Yale, Jack Balkin, quien sostiene que el A2K es: primero, una petición de justicia; segundo, un asunto tanto de desarrollo económico como de participación individual y libertad humana; y, tercero, una cuestión que dice relación con la propiedad intelectual, pero que también va mucho más allá de ella.² Por supuesto, todos estos elementos se encuentran estrecha y mutuamente ligados. Veamos de qué se trata cada uno.

Como petición de justicia, Balkin sostiene que se trata de lograr una mejor distribución de justicia dentro de una sociedad, ya sea ésta rica o pobre, y entre los distintos países y sociedades del mundo. Así, el A2K significaría que una mejoría en las políticas orientadas a la producción de conocimiento e información podría incrementar la producción total de información y bienes culturales, los que podrían ser distribuidos de una manera más equitativa. La meta es promover la eficiencia económica y el desarrollo, y producto de ello extender la distribución de ese conocimiento y de los bienes culturales necesarios para el florecimiento de la economía global de la información.

2 Jack M. BALKIN [en línea]. “What is Access to Knowledge?”, en <<http://balkin.blogspot.com>> [consulta: 21.02.2008]. Traducción libre del texto digital en inglés.

En cuanto al segundo punto, el autor sostiene que el Acceso al Conocimiento es tanto un asunto de desarrollo económico como de participación individual y libertad humana. Indica que la existencia de políticas más equilibradas en materia de propiedad intelectual produce, de hecho, mayor riqueza, y hace que ésta se distribuya de una forma más amplia y justa. Pero no basta con sólo producir una mayor cantidad de bienes culturales y distribuirlos, se hace imperioso también promover el desarrollo humano a través de un mayor y mejor acceso descentralizado a las herramientas de información, y la participación de la mayor cantidad de personas posible, en la producción de bienes culturales. En este punto, para Balkin incrementar la participación de la población es central.

En cuanto al tercer punto, el autor sostiene que es necesario ir mucho más allá de la propiedad intelectual para entender el A2K, por ello estima que si la meta es la promoción del florecimiento humano, el desarrollo económico y la libertad humana, debemos mirar al comercio internacional y las políticas en materia de propiedad intelectual.

Ahora bien, atendida la importancia que reviste el concepto de A2K, surgen dos temas fundamentales. El primero de ellos es: ¿Debe considerarse al A2K como un derecho fundamental? No existe consenso respecto a este punto, si bien existen al menos tres instrumentos internacionales que así lo señalan, como hemos visto a propósito de la definición de A2K. Tampoco existe unanimidad entre los constitucionalistas en cuanto a su clasificación dentro de los derechos fundamentales.

En principio, el A2K encontraría su lugar en la tipología clásica de los derechos humanos, entre aquellos de orden económico, social y cultural (DESC), o segunda generación, en oposición a los de carácter civil y político, más tradicionales. Las teorías más modernas señalan que los DESC corresponderían a una tercera, e incluso una cuarta³, generación de derechos fundamentales, los que se conocen como derechos de solidaridad y ciberderechos, respectivamente. Cualquiera sea el caso, todos los derechos humanos, sin importar su clase, son indivisibles e interdependientes, ello refuerza la idea de que un derecho de segunda, tercera o cuarta generación no es sinónimo de un derecho de menor categoría o que pueda ser relegado.

Para efectos de este artículo, adheriremos a la clasificación más tradicional y pacífica, y sostendremos que el A2K es un DESC, o de segunda generación, y más propiamente de un derecho cultural. La importancia de los DESC radica en que abordan una cuestión que resulta básica para la dignidad y el desarrollo humano, y que además deriva directamente de los tratados internacionales de derechos humanos, tal como lo

3 Ver María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP, "La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación", Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 257 y ss.

ha sostenido Amnistía Internacional.⁴ Si bien su protección en las normas internacionales es más bien difusa, su relevancia resulta indiscutible, toda vez que la cultura afecta a la mayoría de los ámbitos de la vida de un ser humano, tales como la educación, la religión, las artes, entre muchos otros.

El A2K, como DESC, dice relación con la aspiración legítima de la comunidad de poder tomar parte en la vida cultural y de gozar de los beneficios de la ciencia y la cultura, siendo obligación del Estado asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de ellos. Esta vida cultural a la que se debe tener acceso dice relación con gozar de los beneficios que emanan de las creaciones intelectuales, ya formen parte estas del dominio público, perteneciente a todos, o sea que se encuentren sujetas a la protección del derecho de autor.

A nuestro juicio, el argumento de texto es poderoso a favor de considerar al A2K como un derecho fundamental, ya que los principales tratados de derechos humanos a nivel internacional y latinoamericano así lo han reconocido. Pero más allá de ello, se deben tener presentes los elementos que definen el concepto de A2K de acuerdo al profesor Balkin: una petición de justicia, de desarrollo económico, de participación, que va más allá de la propiedad intelectual, y que sirve como mecanismo para promover el florecimiento humano. Los argumentos que subyacen en el fundamento mismo del A2K responden a la necesidad de un balance entre protección y acceso, en beneficio de toda la sociedad, que además goza de pleno derecho a ello en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos ya analizados que, de acuerdo al artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Constitución Política, deben ser respetados y promovidos por el Estado, en tanto dichos instrumentos se encuentren vigentes. Por tanto se trata también de un tema que excede lo meramente jurídico, y que encuentra sus raíces más profundas en los principios, y fundamentalmente en la equidad.

Ahora bien, nos encontramos con el segundo tema relevante: ¿es necesario un balance o equilibrio entre derecho de autor y el A2K? Como sabemos, las leyes de propiedad intelectual, y en específico el derecho de autor, conceden al titular de él derechos de carácter exclusivo y excluyente, los que tienen una duración acotada por el tiempo, para el caso de los derechos patrimoniales, que dicen relación con la explotación económica de la obra.

En Chile, la Ley N° 17.366 sobre Propiedad Intelectual, contempla algunas excepciones y limitaciones ante dichos derechos exclusivos, para casos calificados en que, por existir un interés jurídico que puede considerarse superior o cuando menos igualmente importante que la protección de los derechos del autor –tales como razones educacionales, científicas y de enseñanza–, se autoriza por ley un determinado uso y no se

4 AMNISTÍA INTERNACIONAL, “¿Qué son los DESC?” [en línea] En: <<http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/pagina/que-son-los-desc/>> [consulta: 21.02.2008].

le califica de infractor, aunque no se cuente con la autorización del autor. No obstante ello, nuestro régimen de excepciones y limitaciones no se encuentra suficientemente desarrollado, no siendo apto para satisfacer las demandas de acceso justo a la cultura. Ello sucede frecuentemente, por ejemplo, en el caso de personas que sufren de alguna discapacidad, y también en el ámbito educacional.

Ante esta situación ha surgido una nueva visión del derecho de autor, que busca un equilibrio regulatorio entre la protección al creador o al titular de derechos de autor, y el A2K, mediante el establecimiento de un régimen de excepciones y limitaciones razonable, así como el fortalecimiento de otras instituciones jurídicas tales como el agotamiento del derecho, las licencias obligatorias y el dominio público, que persiguen el mismo objetivo.

3.- MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LOS TRATADOS Y SUS EFECTOS

El número de materias que, efectivamente, han sufrido modificaciones producto de la suscripción del TLC con los Estados Unidos y del ACC con la Unión Europea, es mucho menor que aquellas que se encuentran aún en discusión para ser modificadas en un futuro cercano.

Por lo pronto, las materias ya modificadas lo han sido por las leyes N° 19.912, de 2003, que adecua la legislación nacional a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) suscritos por Chile; y N° 19.914, que adecua nuestra legislación interna al TLC suscrito con los Estados Unidos. En virtud de la primera de ellas, Chile ajustó su legislación interna a las normas de OMC, incluyendo el ADPIC, instrumentos que se encontraban vigentes desde 1995, pero que no habían sido adecuadamente traspuestos a la normativa interna, lo que impedía dar adecuado cumplimiento a lo acordado con la Unión Europea en el ACC a mediados del año 2003, en el artículo 170, letra a), numeral i).

En tanto, con la Ley N° 19.914 se ha dado cumplimiento parcial a lo acordado en el TLC, modificando importantes materias, como el plazo de protección del derecho de autor, introduciendo el agotamiento del derecho de distribución por primera venta, y efectuando mejoras en el sistema de gestión de derechos colectivos, entre otros.

Adicionalmente, podemos agregar que una gran parte de dichas modificaciones, así como también de los proyectos de ley que se encuentran en tramitación con un fin similar, han tenido su origen o inspiración en el TLC con Estados Unidos, en desmedro del ACC, lo que puede explicarse por la regulación mucho más detallada del primero de ellos, que no se ha limitado sólo a la remisión normativa, como es el caso de este último.

El último proyecto de ley, hoy en tramitación ante el Congreso, data de mediados del año 2007, y busca sancionar más severamente la piratería de obras protegidas por el derecho de autor, resguardando a los creadores y a la industria cultural, de un modo más eficaz; además de regular la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet, como exige el TLC; y de establecer un régimen de excepciones destinado a garantizar el acceso a la cultura de grupos vulnerables de nuestra sociedad.

Una de las modificaciones más notorias, que ya ha experimentado nuestra legislación interna, dice relación con el aumento del plazo de protección de los derechos de autor, en 20 años adicionales, producto del TLC. ¿Qué efectos tendrá este aumento de plazo para el A2K?

Lo primero que debe tenerse presente es que el plazo de protección del derecho de autor, al margen de la duración específica que éste tenga, implica el goce de derechos patrimoniales exclusivos y excluyentes para su titular, que importan la posibilidad de explotar económicamente la obra durante ese período.

Pues bien, fácilmente podríamos concluir que, desde el punto de vista del autor y del sector dedicado a la creación de nuevos contenidos culturales, este aumento en el plazo de protección parece, a primera vista, un excelente incentivo para continuar ejerciendo dicha actividad. De ser ello correcto, se podría llegar a obtener un beneficio para toda la sociedad, la que dispondría de mayores cantidades de bienes culturales para su consumo.

Sin embargo, la problemática del A2K surge cuando este aumento en los plazos no se encuentra adecuadamente complementado con un régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, y que cumpla con la regla de los tres pasos del Convenio de Berna⁵, que se menciona en la mayoría de los tratados internacionales, y que el mismo TLC se encarga de reproducir.⁶ A favor de esta postura, que pretende ampliar el actual régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, la apoyan instituciones tales como el Colegio de Bibliotecarios de Chile A.G.⁷, en nuestro país.

En el caso de Chile, el régimen de excepciones al derecho de autor es restringido en cuanto a su aplicación, y se encuentra plasmado en el artículo 38 y siguientes de la Ley

5 La regla de los tres pasos del Convenio de Berna requiere que el establecimiento de excepciones se verifique siempre que: i) se trate de casos especiales, ii) que no atenten contra la normal explotación de la obra, y iii) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

6 CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.7(3).

7 Postura del Colegio de Bibliotecarios de Chile A.G. respecto a la Discusión del Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en su segundo trámite constitucional. 07 de noviembre de 2007. [en línea] En: <http://www.bibliotecarios.cl/descargas/postura_senado.pdf> [consulta: 05.03.2008].

de Propiedad Intelectual (LPI), N° 17.336. Adicionalmente algunos de los proyectos de ley que han buscado modificar dicho cuerpo legal han propuesto ampliar este régimen de excepciones, para garantizar más posibilidades de A2K, sobre todo para aquellos grupos con necesidades especiales. Sin embargo, hasta que alguna de dichas propuestas no se convierta en ley de la República, no es posible hablar de un real equilibrio entre la protección del derecho de autor y el A2K, atendido el actual estado de cosas.

Por otra parte, un plazo más extenso de protección de los derechos de autor, implica necesariamente que dicha obra no pasará al dominio público sino una vez expirado él, extendiéndose por consiguiente el período durante el cual la obra es económicamente más atractiva para disponer de ella, y en específico comercializarla. Para el A2K esto es de suma importancia, ya que una obra que ha pasado a dominio público es de mucho más fácil acceso que aquella respecto de la cual los derechos patrimoniales se encuentran aún vigentes, produciéndose también una afectación al equilibrio antes mencionado.

En este punto es interesante citar al investigador Daniel Álvarez, quien sostiene que “el plazo excesivo junto al poder monopólico de los titulares del derecho pueden ocasionar daños importantes a la memoria cultural, social e histórica de un país, mediante una legislación cuya razón de ser es precisamente incentivar la creación cultural atendida su importancia social”.⁸

Otra modificación importante hecha a la Ley de Propiedad Intelectual dice relación con la introducción de la normativa que regula el agotamiento del derecho de distribución por primera venta. La letra e), inciso segundo, del artículo 18 de la Ley actualmente señala que: “Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido.” Algo similar se consigna respecto de las interpretaciones y ejecuciones de un artista en el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y de los fonogramas para los productores de ellos en el artículo 68.

¿Cómo impacta este agotamiento del derecho de distribución sobre el A2K? Es interesante efectuar este análisis relacionándolo con el del plazo de la protección del derecho de autor.

Así, resulta ser que “la mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial de sólo un par de años. Por ejemplo, la vida comercial de un libro no es superior a cinco años, al quedar descatalogados (o fuera de imprenta) al cabo de ese tiempo. Cuando esto ocurre su comercio se realiza a través de ejemplares usados, los que no están afectos al pago de derechos de autor (operando la figura legal del agotamiento del derecho). De esta manera, los autores, en la inmensa mayoría de los casos, sólo reciben beneficios

8 Daniel ÁLVAREZ VALENZUELA, “Derecho de Autor y Cultura” [en línea] En: <<http://www.porlacultura.info/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=59&page=1>> [consulta: 05.03.2008].

durante los primeros años de la creación de sus obras, no justificándose nuevamente los plazos de protección contemplados en la ley.”⁹

Como podemos apreciar, el agotamiento del derecho de distribución con ocasión de haberse realizado la primera venta del ejemplar protegido, parece atemperar, en parte, algunos de los efectos negativos que un aumento del plazo de protección puede provocar, incrementando las chances de acceso para la población a través de los ejemplares que conocemos como “de segunda mano”, que ya no implican un pago de derechos a favor del autor o titular de derechos.

Por otra parte, la nueva regulación sobre derecho de autor se ha encargado de especificar y ampliar la protección que dicha ley brinda a los derechos conexos. Para ello ha incorporado nuevas definiciones, tales como la de Productor de Fonograma, en la letra k) del artículo 5º de la LPI, Radiodifusión (m bis), Publicación de una Obra (letra o), y Fijación (letra x), todos de la misma norma; así como también ha puntualizado los derechos que le caben al productor de fonogramas en el artículo 67 bis LPI.

Respecto de esta última norma, resulta interesante señalar que ella es el resultado de lo dispuesto en el artículo 17.6(5)a del TLC, respecto de los derechos conexos que competen a los productores de fonogramas sobre su fonograma, que para estos efectos resultan ser titulares de derechos de autor, así como también a los artistas intérpretes o ejecutantes, sobre sus obras.

De hecho, la norma de la LPI es un reflejo fiel de la disposición del TLC, y su importancia radica en que son estos sujetos de derecho quienes están llamados a prohibir o autorizar la puesta a disposición al público de la obra, y por ende su acceso a ella, ya sea que ésta se ejecute por hilo, medios analógicos, o “en el lugar y en el momento que dicho miembro del público elija”.¹⁰ Ello resulta una clara alusión a lo que se ha dado en denominar la puesta a disposición del público digital, mediante Internet, por ejemplo, entorno en el cual ha sido regularmente muy difícil controlar el tráfico de obras tanto protegidas como libres de retribución por concepto de derechos de autor. Profundizar en los efectos de la relación entre las nuevas tecnologías, el derecho de autor y el A2K, es un tarea que aún tenemos pendiente a nivel regulatorio interno.

Ya hemos analizado las principales modificaciones efectuadas a nuestra legislación interna, pero ¿cuáles son los desafíos pendientes en materia de ajustes a la normativa actual de derecho de autor, de acuerdo al TLC? En primer lugar, destaca la regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP), que se encuentra

9 Id. anterior.

10 CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp. Artículo 3º, N° 11).

en el artículo 17.11(23) del TLC y que, hasta la fecha, sólo es parte del último proyecto de ley modificatorio de la LPI, del año 2007.

La regulación, que el TLC entrega en esta materia, tiene como objetivo principal incentivar el que los ISP colaboren con la protección de los derechos de autor, a través de la disuasión de conductas que pudiesen resultar lesivas de él, como son el almacenamiento y transmisión no autorizada de material protegido. Además busca el establecimiento de una serie de limitaciones al alcance de los recursos que se puedan dirigir contra los ISP cuando ellos “no controlen, inicien o dirijan” estas conductas lesivas “y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación”, previo cumplimiento de una serie de requisitos que la norma detalla.¹¹ Además establece un mecanismo conocido como “notificación y bajada”, en virtud del cual el ISP salvará su responsabilidad si inhabilita o retira el supuesto material infractor, notificándole paralelamente al proveedor de dicho contenido de la medida adoptada.

Este sistema ha sido criticado ya que “La facultad que se concede al ISP de retirar o bloquear un material presuntamente ilícito se confunde con una función jurisdiccional o de censura previa, ambas disconformes con nuestra normativa interna”.¹² En esta materia, en concreto, podemos vislumbrar un eventual conflicto entre protección del derecho de autor y A2K, ya que será el ISP el primer llamado a evaluar la titularidad y vigencia de los derechos de autor involucrados en los contenidos alojados en sus redes.

En este sentido, representa un avance la propuesta regulatoria que señala el proyecto de ley del año 2007, modificatorio de la LPI, en orden a sujetar este procedimiento de notificación y bajada a la intervención judicial previa, en juicio breve y sumario. Habrá que esperar hasta la tramitación íntegra del proyecto para ver cómo se regula finalmente la materia.

Por otra parte, encontramos las medidas de protección tecnológica (MPT) o “medidas tecnológicas efectivas”, como las denomina el TLC en el artículo 17.7(5). Su definición, para efectos de este tratado, se circunscribe a las MPT que controlen el acceso a la obra, no su utilización, y que no pueden, de manera usual, ser eludidas accidentalmente.

Se entrega a su respecto una regulación exhaustiva, dotada de una cierta flexibilidad para su implementación a nivel interno, en aquello que dice relación con el establecimiento de sanciones civiles y penales, ello no obstante que “La redacción de las disposiciones del TLC, referentes a la protección jurídica de las MTP, corresponde

11 CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.11(23) (a) (ii).

12 Lorena PIÑEIRO UGARTE, “Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile”, en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, 2005, Santiago, Chile, pp. 187 y ss.

al resultado final de las negociaciones entre las partes, en el curso de las cuales Estados Unidos buscó en todo momento aproximar la futura regulación chilena a la normativa configurada por la DMCA”.¹³ La DMCA, o Digital Millenium Copyright Act, fue muy criticada al momento de su promulgación en los Estados Unidos, ya que se sostuvo que se excedía en sus regulaciones, y no se limitaba solamente a la implementación de normas anti-elusión basadas en los artículos 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de acuerdo a su objetivo inicial.

El gran problema de las MPT frente al A2K dice relación con que, si bien permiten un mayor control de la obra por parte de su titular, resguardando sus derechos, pueden resultar discutibles desde el punto del vista del acceso, ya que podrían entorpecer la aplicación de algunas excepciones establecidas en favor de parte del público, establecidas y amparadas por la ley, por ejemplo, para grupos especiales de discapacitados o con fines educacionales, entre otros.

4.- CONCLUSIONES

Para cerrar el presente ensayo, y a modo de conclusión, es vital dejar de manifiesto que debe existir un régimen de derechos de autor potente, que entregue garantías y estímulos a los titulares de dichos derechos, y sobre todo a los autores, de que sus esfuerzos se verán recompensados tanto moral como patrimonialmente, y que a la vez los proteja de todas las formas de piratería que intentan, de formas marginales al ordenamiento jurídico establecido, sustraerles lo que con esfuerzo han creado y compartido con la comunidad.

También creo que esa regulación de derecho de autor debe gozar de un saludable equilibrio entre dos elementos: la “Protección”, por una parte, y el “Acceso” por la otra. Como hemos, visto el A2K puede considerarse un derecho fundamental, y hasta los más escépticos podrán, cuando menos, reconocer que se trata de un bien jurídico que debe ser protegido por toda la sociedad en su propio beneficio. El acceso implica la existencia de garantías mínimas que velen por este interés común, que permitan que todos los miembros de la sociedad tengamos chance de entrar en contacto con los bienes culturales, acceder, educarnos, y crear en base a ellos, en la medida que no infrinjam los derechos de los autores y titulares.

El acceso no es una garantía “a todo evento”, es un espacio que debe convivir en armonía con la protección de los derechos de autor, respetándose mutuamente, y es

13 María Paz CANALES L., y María del Pilar SOFFIA A., “Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor guía Alberto Cerda Silva, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2007, pp. 272 y ss.

tanto un instrumento que contribuye al desarrollo personal y a la calidad de vida de los sujetos, como también un instrumento de inserción social y un soporte democrático.

Los efectos que las adecuaciones normativas, que estamos enfrentando, podrían llegar a producir sobre el A2K, son muy variados. Los más preocupantes, sin duda, dicen relación con el funcionamiento de las tecnologías, y especialmente con la red Internet, entre ellas, como hemos visto, las MPT y la regulación de las actividades de los ISP. Otro ejemplo de ello, estaría dado por la regulación venidera en materia de transmisiones digitales no interactivas, y particularmente de las radios digitales en Internet, que actualmente carecen de normativa, pero que en un futuro mediato, producto de las disposiciones del TLC¹⁴, serán reguladas, tal como lo están en los Estados Unidos, en que estas radios digitales pagan canon o derechos de autor por la reproducción de contenidos en la red, de acuerdo a lo dispuesto por la Copyright Royalty Board, aprobada en Mayo del año 2007.

Ahora bien, en cuanto a los efectos que ya constatamos, la ampliación en los plazos de protección del derecho de autor, como hemos visto antes, que a primera vista parece sumamente beneficioso para el régimen de derecho de autor, en sí mismo puede desencadenar efectos negativos para dicho régimen. Los plazos de protección demasiado extensos impiden una renovación continua de las obras que se encuentran disponibles en el dominio público, respecto de las cuales el acceso de la población es mayor, provocando en el mediano plazo una fatiga en el régimen de derecho de autor, incidiendo en el incremento de las infracciones al mismo.

A favor del acceso debemos destacar la consagración en la Ley del “agotamiento del derecho por primera venta”, que protege el acceso de la población a la cultura que se vende “de segunda mano” y que se encuentra exenta de nuevo pago de derechos de autor, entregando opciones más económicas e igualmente legítimas para acceder a los bienes culturales disponibles.

Atendiendo a las situaciones planteadas, y como conclusión final de este artículo, me resta señalar que, sin duda, algunos elementos de los tratados analizados (provenientes en mayor medida del TLC con los Estados Unidos, que del ACC con la Unión Europea, dadas sus propuestas regulatorias diversas), al ser llevados a la práctica en el entorno nacional, podrían entrar en colisión con el A2K, en desmedro de este, debido a un excesivo celo y acento en la protección de los derechos, por sobre todo de los titulares de derechos de autor. En suma, dada una falta de balance entre ambos que es necesario subsanar.

Por ello resulta importante relevar que, en este proceso adecuatorio de nuestra normativa interna sobre derecho de autor, se ha ido procurando integrar una visión más

14 Ver Artículo 17.6(5) TLC Chile – Estados Unidos.

amplia, que nos permita cumplir cabalmente con los compromisos contraídos, como ha dejado de manifiesto el último proyecto de ley en la materia, del año 2007. Con ello se busca honrar los pactos suscritos, tanto con nuestras contrapartes en los tratados analizados aquí, en el plano internacional, así como también buscando paralelamente un cierto equilibrio con el acceso a la cultura, en pos de un Chile más justo para todos sus ciudadanos. Esto constituye, por cierto, una iniciativa loable y una senda a seguir para la regulación venidera del derecho de autor en Chile.

HACIA UNA DOGMÁTICA PARA EL ACCESO EN CHILE

Claudio Ruiz Gallardo¹

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- DERECHO DE AUTOR, UNA HISTORIA DE EQUILIBRIOS Y CONTRAPESOS.- 3.- DERECHO DE AUTOR EN CHILE: DOGMÁTICA Y ACCESO.- 4.- EXCEPCIONES Y LIMITACIONES COMO HERRAMIENTAS LEGALES DE ACCESO.- 5.- EL DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIO COMÚN.- 6.- CONCLUSIÓN.-

1.- INTRODUCCIÓN

Es ya parte de un lugar común el destacar los logros y avances tecnológicos de los que hemos gozado en los últimos veinte años. La masificación de la tecnología ha dado lugar a cambios que difícilmente se hubiesen sospechado hace sólo algunos años atrás. La forma en la que accedemos a la información, cómo nos comunicamos, cómo realizamos transacciones y cómo nos relacionamos con las autoridades han sufrido cambios importantes y sustantivos durante las últimas décadas, fundamentalmente por la masificación sostenida de las tecnologías en nuestras vidas. Pero al mismo tiempo, esta masificación también ha provocado la aparición de nuevas formas de creación artística, de nuevas formas mediante las cuales es posible generar obras intelectuales, conocimiento y cultura. Del mismo modo, esto ha supuesto que se han debilitado las barreras de acceso para la generación de obras intelectuales y, por tanto, se produce así un interesante fenómeno, dado que hoy vemos cómo se producen más obras que nunca, fenómeno que no ha ido de la mano con los cambios normativos.

Así, si hay una tendencia en materia de derechos de autor, tanto desde el punto de vista nacional como comparado, es precisamente a castigar cada vez con mayor dureza las infracciones a las normas de derecho de autor, normas que no han avanzado al mismo

1 Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, egresando el año 2003. A partir del año 2000 es asistente del profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial en la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. Se ha desempeñado como Profesor Ayudante en la cátedra Teoría de la Constitución y en la de Derechos Fundamentales en la Universidad Nacional Andrés Bello. Ha sido asesor de la Corporación Administrativa del Poder Judicial - Corte Suprema, y del Banco Interamericano del Desarrollo. Es Presidente de la ONG Derechos Digitales. claudio@derechosdigitales.org

ritmo de los cambios tecnológicos y que, por tanto, en muchas ocasiones su aplicación resulta ineficiente y, por qué no decirlo, en otras oportunidades derechamente absurda. Así, el camino que diversas legislaciones han seguido es precisamente apuntando a endurecer los estándares de protección de los derechos de autor, ampliando cada vez más su objeto, aumentando los plazos de protección y endureciendo las penas. Esto yendo de la mano con una disminución progresiva pero sostenida de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, que permiten usos libres por parte del público, y una falta de preocupación por la importancia del dominio público. Chile, a la luz de su inclusión en el mundo globalizado, ciertamente no ha sido la excepción a esta tendencia.

El fenómeno recién descrito ha llevado al surgimiento de voces que promueven la vuelta al equilibrio normativo que se ha perdido en el último tiempo, al favorecer los intereses corporativos que han impuesto industrias transnacionales de la cultura so pretexto de estar defendiendo a los autores. Ese equilibrio normativo, en el caso chileno, resulta urgente al hacer una revisión de la legislación vigente en la materia, la que en rigor ha llevado a que muchas de estas nuevas formas de manifestación artística que se hacen posible a través de la tecnología se transformen en ilícitos y que el público, que la comunidad en general, vea cómo cada día se cierran las puertas del dominio público. Este texto pretende hacer un análisis jurídico del estatuto normativo del derecho de autor desde el punto de vista de la necesidad de acceso.

2.- DERECHO DE AUTOR, UNA HISTORIA DE EQUILIBRIOS Y CONTRAPESOS

Desde el punto de vista de los impactos que las nuevas tecnologías han supuesto para el derecho, el derecho de autor destaca como una de las disciplinas que más importancia ha adquirido. Fundamentalmente en su aspecto comercial o económico, a partir del primer tercio del siglo pasado la explotación comercial de los derechos de autor ha supuesto el surgimiento de importantes industrias culturales que se han transformado en influyentes actores en la materia. Por otro lado, hoy la masificación de herramientas tecnológicas ha cambiado la forma en la que interactuamos y generamos contenido de carácter intelectual, por lo que muchas de las instituciones legales del derecho de autor tradicional han devenido en obsoletas.

En este contexto, si hay una tendencia clara que ha marcado el derecho de autor en los últimos años, y que ha sido alentada luego de los cambios tecnológicos, es el aumento progresivo de los estándares de protección de los derechos de autor. Así, el que en un principio fue concebido sólo como derechos de reproducción y comunicación pública², ha pasado a estar concebido como un conjunto de varios nuevos derechos, como los de adaptación, distribución, modificación, entre otros. Además, la limitación temporal

2 Jane C. GINSBURG, "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", en *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 50, 2003, p. 113. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=222493>

concebida inicialmente por el legislador se ha visto disminuida notablemente, pasando a ser una mera enunciación, dado el repetido aumento de los plazos de protección en las legislaciones nacionales.³

Así como sucede en otros campos del derecho, una regulación en serio de los derechos de autor debiera equilibrar, entre otras cosas claro está, a lo menos los intereses de los actores involucrados en la materia. En el caso de los derechos de autor es preciso considerar cuando menos a tres actores, quienes se ven afectados en forma directa por la regulación:

- a) Los creadores, por una parte, son evidentemente uno de los sujetos de la regulación. Los autores de obras intelectuales –músicos, poetas, científicos, fotógrafos y ‘bloguers’, entre otros–, son precisamente quienes ven cómo sus obras son reguladas a través de las normas de derecho de autor. Uno de los objetivos, por tanto, de una regulación de derechos de autor tiene que ver con el resguardo de los intereses de quienes generan obras intelectuales.
- b) Los titulares de derecho de autor, quienes tienen dicha denominación porque sea por la vía contractual, sea por la vía de una presunción legal, tienen derechos de autor sin ser necesariamente autores. En este caso se encuentran editoriales, sellos discográficos, museos, galerías y productores, entre otros. Como es posible suponer, en la regulación moderna del derecho de autor este grupo ha sido tal vez el que más ha influenciado para que los países adopten una normativa que adolece de sobreprotección de los derechos a su favor. Es que gracias a negocios jurídicos entre particulares, empresas o particulares se transforman en titulares de derechos que en principio están reservados sólo para quienes realizan creaciones intelectuales, por lo que cuando le agregamos el factor de la importancia económica progresiva que han tenido durante la última parte del siglo pasado, las empresas que explotan derechos relativos al entretenimiento surgen como los actores más importantes a nivel de influencia legislativa.
- c) El público, usuarios y consumidores de las obras, y en general quienes hacen uso de estas obras intelectuales, como bibliotecas, museos, entre muchos otros. De los tres sujetos identificados es claramente el que se ha visto relegado a un plano menor dentro de la discusión y debate público en temas de derecho de autor. Lo anterior llama la atención, considerando que este conjunto de derechos es concedido por la sociedad a los autores en el entendido

3 En el caso estadounidense es ilustrado por los argumentos esgrimidos por Lawrence Lessig en la defensa del caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) que discutía la constitucionalidad de la denominada Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) de 1998. Con detención, se explica este tema en L. LESSIG, “Cultura Libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad”, LOM Editores, Santiago de Chile, 2005, pp. 114 y ss.

que estas obras intelectuales serán gozadas por el público. Es inconcebible entender la concepción tradicional del derecho de autor sin contemplar que estamos hablando de obras del intelecto humano que tienen como finalidad ser disfrutadas y en muchos casos utilizadas por terceros.⁴

El que los intereses de los actores involucrados deban estar en equilibrio en una regulación del derecho de autor no es un asunto meramente conceptual. Como veremos, la idea de acceso resulta ser consustancial a la configuración legal del derecho de autor. Sin derechos de acceso a las obras intelectuales, no tendría sentido que la sociedad le entregue al autor un monopolio de explotación exclusiva sobre el uso de las obras. Tanto es así que se ha sostenido que hay a lo menos tres riesgos que los países pueden sufrir de tener un derecho de autor desequilibrado: inhibe la producción de nuevas obras, limita en forma excesiva la expresión de opiniones disidentes y, por último, mina en forma fundamental la salud del discurso público.⁵

Existe prácticamente coincidencia en la doctrina que el derecho de autor, más o menos como lo conocemos hoy, tiene sus orígenes normativos en la Inglaterra de finales del siglo XVII, y principios del XVIII.⁶ Por lo demás parece claro que en su configuración legal tuvo mucho que ver el desarrollo de una industria de impresores y libreros, y la importancia que la sociedad inglesa de la época le daba a la libre circulación de bienes y servicios⁷, y no necesariamente a la “protección de los autores”.⁸ No obstante lo anterior, como bien ha apuntado Tarleton Gillespie, desde antaño a nivel de discurso los titulares de derechos de autor –en particular los impresores que gozaban de privilegios reales de explotación–, son los creadores intelectuales el escudo más importante, a fin de dejar en claro una posición política que no siempre se correspondía con sus intereses.⁹

Si es posible identificar un elemento importante que haya determinado la regulación del derecho de autor, hasta el día de hoy, es la posibilidad de hacer copias de una obra intelectual.¹⁰ En términos gruesos, podríamos decir que la historia del derecho de autor nace ante la posibilidad técnica de realizar reproducciones de las obras intelectuales. Así, es a partir de la masificación de la imprenta móvil de Gutenberg que los temas

4 Delia LIPSZYC, “Derecho de Autor y Derechos Conexos”, Ed. UNESCO/CERLALC, Bs. Aires, 1993, p. 51. Isidro SATANOWSKY, “Derecho Intelectual”, Tomo I, Tipográfica Ed. Argentina, Bs. Aires, 1954, p. 32.

5 Tarleton GILLESPIE, “Wired Shut: copyright and the shape of digital culture”, en MIT Press, Cambridge, 2007, p. 29.

6 SATANOWSKY, Op. Cit., p. 11. LIPSZYC, Op. Cit., p. 31.

7 Joanna DEMMERS, “Steal This Music: How Intellectual Property Law Affects Musical Creativity”, en University of Georgia Press, Athens, Georgia, 2006, p. 19.

8 GILLESPIE, Op. Cit., p. 24.

9 GILLESPIE, Op. Cit., pp. 22-23.

10 LESSIG, Op. Cit., pp. 77 y ss.

relativos a la retribución económica y el impacto que puede traer consigo el tráfico de obras intelectuales aparece relevado, pensando en cómo regular este mercado de obras literarias susceptibles de ser impresas y distribuidas a través del mundo conocido.

Es importante, en este sentido, apuntar que a lo menos desde el punto de vista de su origen, no existe relación entre la generación cultural y el grado de protección que esta tenga. Grandes obras de la antigüedad que hasta hoy es posible disfrutar fueron creadas sin que existiera derecho de autor sobre ellas. Miguel Ángel no tenía concepto alguno de derecho de autor antes de pintar los frescos de la Capilla Sixtina; ni las obras de Durero, ni la Venus de Milo fueron creadas gracias a incentivos legales basados en monopolios de explotación comercial. Hasta acá, el arte y la cultura parecieran moverse por aguas diferentes de la regulación que pretende promoverlas.

Pero en este sistema legal motivado por la posibilidad de realizar reproducciones de obras intelectuales, apuntamos que el derecho de autor debe responder a un equilibrio entre los intereses de autores, titulares y del público, de toda la sociedad. La forma en la cual la normativa garantiza el respeto de los intereses de los autores o titulares es a través de la serie de derechos patrimoniales y moral es que la ley les reconoce. Por su parte, los intereses de la sociedad se expresan principalmente a través de la existencia de excepciones y limitaciones al derecho de autor y del denominado dominio público o patrimonio cultural común. Veremos cómo, desde el punto de vista dogmático, lo anterior se regula en Chile.

3.- DERECHO DE AUTOR EN CHILE: DOGMÁTICA Y ACCESO

Como vimos, el derecho de autor es un conjunto de facultades de contenido económico, denominadas patrimoniales, o que dicen relación con la vinculación espiritual que tendría el autor con su obra, denominados derechos morales. La concesión de estas facultades por parte de la sociedad se realiza a partir del establecimiento de derechos vinculados al acceso, que se reflejan en el estatuto de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, así como con el dominio público. No obstante los esfuerzos en homogeneizar las legislaciones nacionales, el tratamiento de estos derechos varía dependiendo de la legislación que se trate. Así, las legislaciones nacionales han emprendido de distintas formas la armonización entre este conjunto de derechos patrimoniales y morales y los derechos del público derivados del acceso. En lo siguiente se profundizará respecto de cómo la normativa nacional trata los derechos de autor desde la perspectiva del acceso.

Desde el punto de vista de la regulación constitucional, es posible señalar que la consagración de los derechos de autor como un derecho fundamental es una de las múltiples novedades que contempló la Constitución Chilena de 1980. Tal vez el precario tratamiento dogmático de la estructura de derechos fundamentales que propone

la nueva Constitución es lo que explica la falta de un trabajo que se haga cargo del tratamiento constitucional de los derechos de autor a la luz de otros principios y derechos fundamentales.¹¹

El artículo 19 número 25 de la Constitución de 1980 es el que contempla la protección de los derechos de autor, en los siguientes términos:

“19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

25°. La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

(...) Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.”

No es casual que el derecho de autor esté concebido en nuestra Carta Fundamental, en primer lugar como una ‘libertad’ para crear y difundir las artes. Si hay algo que caracteriza el tratamiento de los derechos en la Constitución de 1980 es precisamente la importancia que tiene la faz de libertad de los derechos en detrimento de la faz de igualdad.¹² Así por ejemplo, cuando la constitución chilena trata de proteger el clásico derecho a la educación lo hace sólo resguardando a través de acciones constitucionales específicas la posibilidad, la libertad, de fundar establecimientos educacionales sin resguardar el derecho a recibir educación pública e igualitaria.¹³ No obstante aquello, es preciso establecer la vinculación que existe entre el artículo 19 N° 25 y otros derechos fundamentales establecidos por la misma norma constitucional, para poder tener una visión completa de su tratamiento. En este sentido, resulta ilustrativo el inciso tercero del artículo primero de la misma Constitución, en cuanto sostiene que dado que la

11 Si bien dentro de la perspectiva de la doctrina nacional urge un tratamiento sistematizado del mismo, razones de espacio y de temática obligan a hacerse cargo en un trabajo posterior.

12 Pablo RUIZ-TAGLE y Renato CRISTI, “La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano”, LOM Ediciones, Santiago, 2006, p. 135.

13 Esto porque en Chile se contempla el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en artículos diferenciados (19 N° 10 y 19 N° 11). Lo relevante, desde el punto de vista de la protección vía acción constitucional, es que el artículo 20 que regula la conocida acción de amparo que en Chile se suele denominar apócrifamente ‘recurso de protección’ (que protege a quien por actos u omisiones arbitrarios o ilegales ve perturbado o amenazado el ejercicio legítimo de determinados derechos garantizados en la Constitución), sólo contempla la protección de la libertad de enseñanza, dejando en forma explícita fuera de la protección de esta importante acción constitucional el derecho a la educación. Ver Diego Aguilar Saldaña, RDJ 93, 2a parte, sec. 5a, pp. 276-277 (1996), en Miguel Ariel Castillo Apolunio, RGJ, No. 205, pp. 71-79 (1997) y en Eliana Maccarine Rayo, RGJ, No. 206, pp. 39-41 (1997).

finalidad de las actuaciones del Estado es el bien común, éste debe contribuir a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Esta norma se ha entendido como una referencia explícita al respeto que debe concurrir, tanto por parte del Estado como por parte del resto de la sociedad¹⁴, a lo que la doctrina alemana ha denominado el libre desarrollo de la personalidad¹⁵, uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo liberal. De esta forma, desde la perspectiva constitucional es posible entender la regulación del derecho de autor como una manifestación de este rol del Estado en torno a promover el desarrollo espiritual y material de toda la comunidad, como una oportunidad para el desarrollo de la libertad de expresión, por un lado, y, por otro lado, como una de las formas en las que es posible exteriorizar la propia personalidad del autor, siempre considerando el interés público comprometido explicitado a nivel constitucional.

La formulación inicial del numeral 25 resulta de suyo relevante para analizar la importancia de los principios de acceso, toda vez que la norma constitucional es clara respecto a que los derechos de autor suponen, además de la libertad de creación artística¹⁶, la libertad para difundir las artes, estando por tanto concebida la protección de los derechos de autor de la mano con la idea de acceso. Libertad de la que, por lo demás, es sujeto tanto el autor como todas las personas, es decir toda la comunidad según dicta el propio precepto.

Del mismo modo, resalta que el texto constitucional además de asegurar, como vimos, tanto derechos de autor como derechos relativos al acceso, a partir de la formulación inicial del texto del numeral 25, se establece que dicha limitación tendrá carácter temporal¹⁷, dejando su especificación a la ley. Esto resulta relevante dada la supremacía de que goza la Constitución, por lo que será la ley la que establezca el plazo de protección, el que cualquiera sea el caso, deberá exceder el de la vida del autor. En otras palabras, a través de una remisión legal se establece el carácter temporal de los derechos de autor, tiempo que no podrá ser inferior a la vida del autor, estando por tanto en perfecta armonía con las normas internacionales que se refieren a la materia.¹⁸

14 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Productos del Mar Ventisquero S.A., en RDJ 98, t. 11, 2a parte, Sec. 5a, p. 145 (2001).

15 W. Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Klosterman, Frankfurt a. M., 1968, p. 10, en Antonio PÉREZ-LUÑO, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, 8º ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 318.

16 Así, Tomás Vial ha sostenido una interesante vinculación entre el derecho a la libertad artística y la garantía de libertad de expresión. Tomás VIAL SOLAR, “La Libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional”, en *Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales*, N° 6, 2004, p. 274.

17 Ilustrador resulta en este sentido el relato de Lawrence Lessig respecto del fallo *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) en LESSIG, *Op. Cit.*, pp. 171 y ss.

18 En este sentido resulta relevante el texto del artículo 7.1 del Convenio de Berna que establece “La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.” El plazo que actualmente contempla nuestra ley es superior al estándar internacional establecido en Berna, al ser de

En este contexto, es necesario conectar la norma constitucional con algunos tratados internacionales ratificados por Chile que ayudan a ilustrar el verdadero sentido y alcance de la regulación chilena. Así, resulta ilustrativo el artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el derecho que toda persona tiene “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.” Esto es importante toda vez que, desde el punto de vista del derecho de autor como derecho fundamental, la Declaración expresa claramente la idea de equilibrio normativo y de acceso, asegurando en el artículo 27.2 el derecho de toda persona a la protección de los derechos morales y patrimoniales de autor, pero al mismo tiempo el derecho de toda la comunidad a tomar parte de la vida cultural de la comunidad y participar del progreso científico. Pareciera ser que cuando se analizan los derechos de autor a la luz de instrumentos internacionales de derechos humanos, sólo es posible entenderlos desde la perspectiva del equilibrio y del acceso. Sin acceso, sin participación de la comunidad en la circulación de las creaciones culturales, no tendría sentido la fuerte protección que nuestras legislaciones entregan al derecho de autor.

De la misma forma es posible analizar lo que sostienen los Acuerdos sobre Determinados Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, TRIPS), instrumento internacional que, como su nombre lo indica, se enmarca dentro del contexto del intercambio comercial de los países que lo suscribieron en el marco de la Organización Mundial de Comercio en 1995.¹⁹ El artículo 7 de estos acuerdos, respecto de los objetivos, establece que la “protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”. Es decir, incluso desde la perspectiva de tratados internacionales que se refieren directamente a la importancia comercial que tienen los derechos de autor es posible percibir la relevancia del equilibrio entre los intereses en juego dentro del marco de los derechos de autor.

Desde el punto de vista del acceso es relevante, además, el carácter temporal de estos derechos, puesto que queda así de manifiesto la diferencia conceptual profunda entre los derechos de carácter intelectual y el derecho de propiedad, profusamente regu-

setenta años post-mortem, plazo establecido luego de la firma del Tratado de Libre Comercio de Chile con Estados Unidos, que gatilló la reforma legislativa del año 2003 (Ley 19.914 publicada en el Diario Oficial el 19 de noviembre de 2003).

19 Es interesante destacar que los ADPIC son la última etapa de un proceso comenzado durante la Ronda de Uruguay (1986) de la actual Organización Mundial de Comercio y que finalizó en los Acuerdos de Marrakech (1994) estableciendo criterios específicos que los países miembros debieran tomar respecto de, entre otras materias, derechos de propiedad intelectual, desde el punto de vista del desarrollo económico de relevancia que la explotación de dichos derechos estaba acarreado desde hacía varios años a la fecha.

lado en la Constitución chilena. Como bien sugiere Schmitz²⁰, sea porque los modos de adquirir que supone el derecho de propiedad en nuestra tradición civil difieren en forma importante de la forma en la que se adquieren los derechos derivados de la explotación de los derechos de autor sobre una obra, que sólo admiten modos regulares de adquirir derivativos; sea porque la relevancia económica de los derechos de autor depende de su difusión, al contrario de lo que sucede con la propiedad regular, es un ejercicio dogmático dudoso y por lo demás problemático²¹ el establecer una identidad entre derechos de propiedad y derechos de autor. Más todavía recogiendo lo que establece el Código Civil en su artículo 584, que comprende la denominada propiedad intelectual como “una especie de propiedad”, claramente distinguida del dominio sobre bienes, sea de tipo corporal o incorporal.

Además de lo anterior, a nivel constitucional se reconoce la existencia de derechos morales como el de paternidad, edición e integridad, los que si bien serán regulados vía remisión legal, no podrán ser cercenados a través de la ley. En su parte final, el número 25 sostiene que será aplicable tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial lo establecido para efectos del derecho de propiedad en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del numeral 24. Esto quiere decir que sólo será a partir de un texto legal donde se podrá establecer el modo de adquirir estos derechos de carácter intelectual, además de las limitaciones y obligaciones “que deriven de su función social”, lo que es de suyo relevante desde el punto de vista del acceso, toda vez que de esta forma se está reconociendo una vez más los intereses subyacentes en materia de derecho de autor, en particular la relevancia de las excepciones y limitaciones a estos derechos que derivan de los intereses públicos comprometidos, como veremos más adelante.

De acuerdo a lo dicho, la Constitución chilena realiza una remisión legal importante cuando se trata de la regulación de los derechos de autor. La ley vigente en Chile data de 1970²², si bien ha sido sujeta a una serie de modificaciones, unas pensadas para adaptar la ley a los desafíos tecnológicos, otras para adecuar la normativa nacional a estándares internacionales luego de la firma de tratados vinculantes en la materia.²³ No obstante, la ley está lejos de estar acorde a las necesidades de los nuevos creadores

20 Christian SCHMITZ, “Propiedad Intelectual: Análisis de Diferencias Conceptuales”, en Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, n° 11, 2003.

21 Fundamentalmente por la dimensión de la protección del derecho de propiedad en la Constitución de 1980, que se manifiesta, entre muchas otras, por ser el único derecho fundamental que goza de a lo menos tres acciones constitucionales y estar tratado en el por lejos artículo más largo de todo el texto constitucional. Esto se explica, entre otras razones, por la obsesión de quienes estuvieron tras la redacción del texto inicial por el derecho de propiedad. En este sentido, Renato CRISTI, “El pensamiento político de Jaime Guzmán: Autoridad y Libertad”, LOM Ediciones, Santiago, 2002, pp. 161 y ss. Pablo RUIZ-TAGLE y Renato CRISTI, Op. Cit., pp. 131-132, 204.

22 Ley 17.336 publicada el 2 de octubre de 1970.

23 Destacan las leyes 17.776 (1972), 18.446 (1985), 18.957 (1990), 19.072 (1991), 19.166 (1992), 19.912 (2003), 19.914 (2003) y 19.928 (2004).

culturales y de los desafíos tanto para la creatividad como para el acceso que suponen las nuevas tecnologías.

En términos generales, es posible destacar que la Ley 17.336, denominada de Propiedad Intelectual, pretende proteger los derechos que por el solo hecho de la creación de una obra adquieren los autores de obras de la inteligencia humana. Es posible identificar a lo menos cuatro elementos característicos de la ley nacional, los que van a ser importantes cuando más adelante analicemos con algo más de detención la situación normativa de las excepciones y limitaciones en nuestro derecho. Estos elementos son:

- a) Se protegen las obras de la inteligencia humana que revistan caracteres de originalidad. Esto es, no tendría sentido para el derecho de autor entregar un monopolio de explotación exclusiva para el creador de una obra intelectual si ésta no reviste carácter de original. De modo que no todas las obras que emanan del intelecto humano se encuentran protegidas, sino sólo las que suponen una creación con características nuevas y originales.²⁴
- b) Elemento importante que destaca de la regulación de los derechos de autor es que estos no protegen las ideas sino sólo cuando han sido expresadas formalmente²⁵ y por tanto perceptibles ulteriormente en forma material. Esto supone que en estricto rigor el objeto del derecho de autor es la materialización de aquellas ideas, siempre que aquellas revistan el carácter de originales, como vimos; así 'el autor' de una idea no goza de protección alguna. Las ideas no son susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor y sólo pasa a ser una obra intelectual protegible cuando esta idea es manifestada en forma material por quien de esta forma se convierte en autor. Dado que el derecho de autor está pensado en la promoción y generación de conocimiento y cultura, la protección de las ideas sin más atentaría en forma directa contra la difusión y la creatividad de los autores.²⁶
- c) Además de lo anterior, la Ley 17.336 contempla la idea de protección automática de los derechos de autor como un elemento de relevancia. De esta forma, los creadores de obras intelectuales para obtener la protección que la ley entrega no requieren hacer depósito alguno o inscripción previa de su obra, sino que gozan de ésta por el solo ministerio de la ley, principio establecido internacionalmente por el Convenio de Berna.
- d) Tal vez la más importante característica de estos derechos de autor para estos efectos es que son derechos que se encuentran limitados tanto en el fondo

24 SATANOWSKY, Op. Cit., pp. 164 y ss.

25 SATANOWSKY, Op. Cit., p. 153.

26 En este mismo sentido, LIPSZYC, Op. Cit., p. 62.

como en la forma. La limitación formal está dada porque los derechos de autor pueden ser considerados como monopolios de explotación exclusiva de sus titulares pero por un lapso de tiempo específico. Si bien a nivel internacional el criterio que prevalece es Berna (50 años post-mortem)²⁷, en Chile aplica el plazo de setenta años luego de la muerte del autor, tras la reforma posterior a la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Pero son quizás las limitaciones que podríamos denominar de fondo las más relevantes para los efectos del acceso y de este texto. Si bien el derecho de autor le entrega al creador de una obra intelectual el derecho a explotarla comercialmente por un lapso de tiempo, y de manera exclusiva, las necesidades derivadas del acceso y del justo equilibrio entre los intereses involucrados obligan a que exista un sistema legal que permita a terceros, al público en general, hacer usos de dichas obras sin requerir la autorización que por defecto se requiere. Así se explican las excepciones y limitaciones al derecho de autor, como una forma de promover dicho equilibrio.

4.- EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR COMO HERRAMIENTAS LEGALES DE ACCESO

Ya hemos dicho anteriormente la importancia de los equilibrios normativos, en particular en materia de derecho de autor, debido a su vinculación con la protección de la creación intelectual, además de la difusión de la cultura y las artes. Si podemos destacar alguna expresión normativa de esta idea de equilibrio, es precisamente a través del sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor y del denominado dominio público. Así, si bien el derecho de autor supone el otorgamiento de derechos de explotación exclusivos al autor, la ley establece determinadas situaciones en las que terceros distintos del autor o titular pueden hacer usos libres de estas obras intelectuales que de otra forma se encontrarían prohibidas; estos usos autorizados por la ley son las denominadas excepciones o limitaciones al derecho de autor.

Estas excepciones y limitaciones se encuentran ampliamente reconocidas en los tratados internacionales de derecho de autor, desde el Convenio de Berna de 1884 hasta incluso los recientemente firmados Tratados de Libre Comercio y otros instrumentos comerciales que tratan la materia.²⁸ No obstante lo anterior, y que prácticamente en la totalidad de las normativas nacionales se encuentran consagradas, no existe armonización internacional respecto de ellas. Esto explica que las excepciones difieren de un país a otro.

27 Artículo 7.1. del Convenio de Berna.

28 En el caso de Chile, resulta importante en este sentido el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.

Algunos han sostenido que la existencia de estas limitaciones se encuentran dadas o bien por asuntos de política social o bien por razones de acceso, vinculado así al interés público; mientras para otros autores, ellas se vinculan a razones de orden educativo, cultural o informativo.²⁹

Dejando de lado las diferencias sustantivas entre la tradición del common law anglosajón y el sistema de derecho de autor tradicional europeo, a nivel comparado se contemplan excepciones generales para uso privado, o específicas para bibliotecas e instituciones educacionales, así como para museos y archivos, excepciones derivadas de usos justos o legítimos por parte de usuarios, y un largo etcétera.

A la luz de la experiencia de derecho comparado, es interesante analizar cómo en Chile la adopción normativa de estándares internacionales ha estado marcada por la profundización de la protección a los intereses patrimoniales de los titulares de derecho de autor, y no ha tenido una correlación lógica con la adopción de estándares de acceso como en buena parte del mundo. Así, la ley chilena, que data del año 1970, termina no brindando una respuesta equilibrada a los estándares que internacionalmente se aceptan respecto de excepciones y limitaciones al derecho de autor, de modo que diversas actividades que regularmente realizan instituciones educacionales, bibliotecas y ciudadanos sean contrarias a la letra de la ley.

Una prueba de fuego para saber si un régimen de derecho de autor responde al ya citado equilibrio normativo es precisamente analizar su sistema de excepciones y limitaciones. En el caso de Chile, las siguientes son las excepciones que contempla la ley 17.336, con las particularidades que se explican.

1.- Derecho de Cita. Entendida como la reproducción sin remuneración de obras de carácter cultural, científico o didáctico o fragmentos de obras protegidas ajenas, siempre que se mencione su fuente, título y autor.³⁰ El derecho de cita es una excepción que se encuentra contemplada en prácticamente todas las legislaciones del mundo, y está por lo demás amparada por los tratados internacionales que se refieren a la materia, mas en Chile se encuentra innecesariamente limitada en tres sentidos.

En primer lugar, dada su formulación legal, esta excepción sólo se refiere a obras literarias, no estando autorizada en Chile la denominada cita audiovisual. No obstante en un principio la ley contempló esta importante excepción en el original artículo 39 que permitía en forma expresa la reproducción de obras audiovisuales para determinados efectos.³¹ Lamentablemente, la reforma a la ley que se realizó en el año 1992

29 Entre los primeros, vid. LYPZIC, Op. Cit., pp. 219 – 221.

30 Artículo 38.

31 El artículo 39 del texto original de la ley 17.336 expresaba “Será lícita la libre reproducción de fotografías en antologías destinadas a uso didáctico y en las obras científicas o didácticas, pero deberá indicarse el nombre del fotógrafo

estableció la derogación de dicha norma, quedando así fuera de la excepción de cita las obras audiovisuales.

Adicionalmente, el derecho de citas se ve complementado en Chile por lo que establece el artículo 6 del curioso Reglamento de la Ley 17.336 que rige hasta hoy.³² En dicho artículo, el Reglamento establece que lo dispuesto en el artículo 38 respecto del derecho a cita, restringiendo el concepto de ‘fragmento’ que utiliza dicha norma a “una obra literaria manuscrita o dactilográfica”. De esta forma, en Chile por la vía administrativa se realiza una limitación de derechos fundamentales, contrariando lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 N° 24 de la Constitución, en relación a lo que indica el inciso final del numeral 25 toda vez que en este caso no es la ley que la establece los modos de “gozar o disponer” de una obra intelectual, sino que dicha restricción se realiza por la vía administrativa.³³

En segundo lugar, como hemos dicho antes, el reglamento de la ley hace referencia explícita en su artículo 6 a la cita, pero respecto de la extensión de ésta sostiene que se entenderá por ‘fragmento’ “la reproducción de un párrafo de una obra literaria manuscrita o dactilográfica que no exceda de diez líneas”. El objeto de esta norma era regular, como se esbozó más arriba, obras literarias, no poniéndose por tanto la autoridad administrativa en el caso de lo que podría suceder con otro tipo de obras. Por lo mismo, la formulación que utiliza el reglamento resulta a lo menos anacrónica, y supone una seria incertidumbre para creadores y público respecto del alcance de la excepción concebida en la ley. Así, en Chile, los creadores de obras multimedia u obras que tienen componentes tanto de texto como audiovisuales puede verse limitados por el escaso alcance que la excepción de cita³⁴, una de las excepciones por excelencia en el derecho de autor.³⁵ Así, el estatuto legal de muchas de las creaciones intelectuales que son posibles

y el año de publicación, si constan de la fotografía reproducida”

32 Decreto Supremo N° 1.122 de 1971, publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1971.

33 Como veremos más adelante, esta no es sino una de las tantas oportunidades en las normas de la Ley 17.336 o del Reglamento que contrarían derechamente la forma en la que la Constitución ha regulado el derecho de autor. Llama la atención que a más de cuarenta años de la publicación de dicha norma administrativa no exista iniciativa alguna por parte de los Gobiernos de turno de modificar dicho cuerpo normativo para que tenga sentido de acuerdo a lo dispuesto en la nueva Constitución. En estricto rigor, es posible incluso plantear que muchas de las normas del Reglamento se encuentran derogadas tácitamente por la Constitución de 1980, tanto desde el punto de vista de la supremacía normativa como desde el punto de vista temporal. Ciertamente son líneas de trabajo muy interesantes para ser desarrolladas con mayor detención.

34 No existe uniformidad en derecho comparado respecto de la extensión de los fragmentos de una obra intelectual para que califiquen como una cita. Así, buena parte de las legislaciones exigen que sean reproducciones pequeñas, sin establecer criterios. En este mismo sentido se señala lo que establece el Convenio de Berna (art. 10.1). No obstante lo anterior, en Argentina se observa una norma con similitudes a la chilena en términos de establecer un criterio formal de extensión (mil palabras para obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, Art. 10 Ley 11.723 (235)), pero que como vemos permite el ejercicio, aunque restringido, de esta excepción también para obras musicales.

35 LIPSZYC, Op. Cit., p. 231.

precisamente a partir de la masificación de las nuevas tecnologías como remezclas musicales y audiovisuales, mashups, collages, sus autores, no obstante realicen la respectiva atribución de paternidad al autor original, se encuentran en una dudosa posición desde el punto de vista legal.

En tercer lugar, el artículo 38 de la ley hace referencia sólo a determinados tipos de obra que pueden ampararse en este derecho de cita, lo que limita su alcance de manera importante. Según el texto de la ley, sólo se autoriza el ejercicio de esta excepción en obras que revistan carácter “cultural, científico o didáctico”. El reglamento y el propio artículo 38 caen en el mismo error conceptual y de técnica legislativa que el artículo primero de la ley 17.336, al hacer una enumeración de obras por su tipo, siendo que como vimos el derecho de autor protege obras de la inteligencia humana que revisten carácter de original. En el caso de la cita, por su carácter de excepción y por tener, por tanto, que ser interpretada restrictivamente, el error de técnica legislativa se hace todavía más evidente, al restringir de esta forma el alcance de la excepción desde el punto de vista del contenido de la obra intelectual.

2.-Publicación de conferencias y discursos. Señala la ley en su artículo 40 que las conferencias y discursos pueden ser publicados sólo con fines de información, toda vez que no es posible realizar publicación de éstas en una colección separada sin permiso del autor. En este sentido, la ley no distingue si se refiere a discursos y conferencias de funcionarios públicos o si también aplica a privados, lo que es especialmente relevante. Resulta paradójico toda vez que establecer este alto estándar para funcionarios que son parte del aparato estatal tales como parlamentarios, ministros y miembros del poder judicial, entre otros, no se condice con el carácter público de sus investiduras. Esto se hace todavía más grave cuando analizamos cómo nuestra ley regula el dominio público y cómo en Chile, aunque parezca sorprendente, tanto el texto de las leyes como el texto de las resoluciones judiciales de los Tribunales de Justicia no están en el dominio público, sino que están sujetos al régimen por defecto del derecho de autor.

3.- Lecciones que se imparten en establecimientos educacionales. Esta excepción está regulada en el artículo 41 de la ley y se refiere a las lecciones dictadas en establecimientos educacionales, y autoriza a los terceros a quienes éstas son impartidas para anotarlas o recogerlas, pero no los autoriza a publicarlas sin el permiso de sus autores. Como hemos visto, para muchos el criterio de usos educacionales es uno de los principales para el establecimiento de excepciones o limitaciones al derecho de autor.³⁶ En el caso chileno, será esta norma en conjunto con la del artículo 47, las que aplican para establecimientos educacionales. Como es posible intuir, estas excepciones resultan más que insuficientes para la realidad educativa y son un elemento adicional para lograr

36 Respecto del ámbito educativo, pensando en lograr una comunidad alfabetizada. En ese sentido, Villalba, “Duración de la protección y excepciones”, ref. LIPSZYC, Op. Cit., p. 221.

vislumbrar que el sistema nacional carece de equilibrio normativo alguno pensado desde la perspectiva del acceso.

4.- Utilización de fonogramas o partituras en determinados establecimientos comerciales. Esta excepción, contemplada en el artículo 42 de la ley, autoriza a establecimientos comerciales donde se expongan y vendan instrumentos musicales, aparatos de radio o televisión, reproductores de sonido o imágenes, o discos o cintas magnetofónicas, a utilizar dichas partituras o fonogramas con el solo efecto de realizar demostraciones a la clientela, dentro del propio local y siempre que se evite su difusión al exterior.

5.- Reproducción de obras de arquitectura. Esta excepción aplica para la reproducción de dichas obras por cualquier medio, fotográfico o audiovisual, las que se encuentran de esta forma eximidas de la obligación de solicitar autorización al titular de la obra de arquitectura. Además, agrega la norma, se incluye la autorización para publicar dichas reproducciones, tales como por ejemplo las fotografías, en diarios, revistas y textos escolares. El artículo 43, donde se establece esta norma, restringe el alcance de dicha publicación sólo en las publicaciones que se indican y que por tanto, en principio, no permiten que sean publicadas, por ejemplo, en sitios web o en blogs dado el carácter restringido de la interpretación de las normas de excepción.

6.- Reproducción de obras artísticas expuestas en espacios públicos. Esta excepción se encuentra contemplada en el artículo 44 y se refiere a que todos los monumentos y obras artísticas que adornan plazas, avenidas y lugares públicos pueden ser libremente reproducidos por cualquier procedimiento, estando incluso permitida la publicación y venta de dichas reproducciones. Respecto de esta excepción, cabe destacar la limitación que significa que se refiera a obras que se encuentren emplazadas en lugares públicos, no estando contempladas, por tanto, las reproducciones que se hagan de monumentos u obras artísticas que se encuentren en recintos cerrados, sin distinción de si son ellos públicos o no. La existencia de esta excepción explica la legalidad de un libro donde se publiquen fotografías de las esculturas de Botero que se encuentran en el Parque Forestal de Santiago o bien las esculturas de Mario Irarrázabal que adornan la plazoleta Radomiro Tomic, en Valparaíso.

7.- Modificaciones de obras de arquitectura. Al respecto, el artículo 46 de la ley señala que en el caso de estas obras el autor no podrá impedir que el propietario realice modificaciones a la obra original. Es decir, el dueño de la obra de arquitectura no está impedido, por razones de derecho de autor, de realizar las modificaciones que estime necesarias sobre dicha obra. Ahora, esto no obsta a que si el autor no estuviere de acuerdo con dichas modificaciones, pueda oponerse a que se mencione su nombre como autor del proyecto, por razones que dicen relación en algún sentido con la conexión 'moral' que tiene el autor con su obra, conexión que en este caso se vería interferida por

las modificaciones que el dueño de la obra de arquitectura pudiera realizar y que no autorizara su autor original.

8.- Excepción de comunicación y ejecución pública de obras en determinadas condiciones. En una compleja norma, la ley chilena señala en su artículo 47 que aun tratándose de fonogramas, y siempre que se realice dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia o similares y que no exista ánimo de lucro, será posible la comunicación y ejecución pública de una obra protegida por derecho de autor. Al respecto, es necesario considerar a lo menos tres elementos.

En primer lugar, los derechos que se encuentran exceptuados son los de comunicación y ejecución pública. Esto significa que no contempla otros derechos patrimoniales distintos de éstos, tales como el de reproducción. Lo que baladí y redundante se torna de relevancia capital cuando analizamos las prácticas más comunes de establecimientos educacionales o bibliotecas respecto de obras protegidas. Esta excesiva restricción a la que se ven sometidos los establecimientos educacionales resulta tan lesiva para sus intereses, que para que tenga de verdad sentido, tomando en consideración los requerimientos y prácticas comunes de este tipo de instituciones vinculadas a labores educativas, es precisamente que se refiera a la posibilidad de reproducir obras sujetas a derechos de autor, no sólo a comunicarlas públicamente. Es así como en Chile las bibliotecas en general se ven imposibilitadas de poder realizar, sin autorización del titular, reproducciones de obras protegidas para fines de preservación y por tanto muchas de ellas hoy se encuentran en la ilegalidad. En la misma situación se encuentran bibliotecas que tienen a su resguardo obras literarias antiguas, impedidas de digitalizar para poder preservarles patrimonialmente. Asimismo, los establecimientos que deseen digitalizar parte de sus colecciones audiovisuales o simplemente auditivas como cintas magnéticas, por ejemplo, con fines de preservación patrimonial. En todos estos casos dichas instituciones se encuentran fuera del alcance de la norma al estar sólo concebida como una excepción a los derechos de comunicación y ejecución pública y no al derecho de reproducción.

En segundo lugar, al tratarse de una excepción, y por ende deber ser interpretada restrictivamente, los sujetos de esta excepción son sólo los que señala la ley (“núcleo familiar, establecimientos educacionales, de beneficencia o similares”). Lo anterior supone que -y más allá de lo gris que resulta definir lo que se entiende por “núcleo familiar”- las bibliotecas no se encuentran contempladas en esta situación, al no calificar en el lenguaje de la ley, toda vez que no son necesariamente establecimientos, a menos que sea posible sostener que caben dentro del precepto similares. Resulta necesario, en todos estos casos, reformular esta excepción para que su alcance permita que todo tipo de bibliotecas, sean públicas o privadas, pertenecientes a establecimientos educacionales o no, e incluso bibliotecas no formales puedan acogerse a normas que permiten la preservación de su patrimonio y que apuntan en beneficio de la comunidad a la que sirven.

En tercer lugar, se establece como un requerimiento específico para poder estar dentro del supuesto legal de excepción, que esta ejecución o comunicación pública sea realizada sin ánimo de lucro. En el caso chileno, la referencia al concepto de ánimo de lucro está lejos de ser pacífica. Así, nuestra jurisprudencia y doctrina respecto del particular ha sostenido un concepto de ánimo de lucro excesivamente amplio, contemplando hipótesis tanto de beneficio pecuniario o económico, así como también de “cualquier aprovechamiento”³⁷, lo que supone una traba excesiva para el ejercicio de esta excepción. Como se ve, este concepto no se encuentra restringido a usos que tengan cariz comercial o que estén destinados al comercio, sino que apuntan a cualquier acto que suponga la obtención de un provecho, ventaja, satisfacción o beneficio de cualquier género, comprendiendo el solo uso de una obra amparada por derechos de autor, sin que sea necesario que el infractor se pretenda dueño de ella, con tal que sea susceptible de apreciación económica. Lo anterior implica que de esta forma quedan automáticamente fuera de la excepción legal una serie de actividades realizadas en el seno de instituciones educacionales, bibliotecas y también organizaciones comunitarias, tales como funciones de cine arte, entre muchas otras más, dado que en estricto rigor estarían utilizando la figura del ‘lucro’.

9.- Copia de programas computacionales. Respecto de los programas computacionales, que son sujetos de propiedad intelectual para nuestra normativa, los incisos segundo y tercero del artículo 47 establecen que la adaptación o copia de dichos programas realizada por parte de su legítimo dueño no constituye infracción a la ley siempre que se cumplan determinados criterios. En el caso de la adaptación, que ésta sea esencial para su uso en un computador determinado y no se le destine para un uso diverso. Además, agrega la norma, que en el caso particular de la copia que se realice del programa, ésta debe ser esencial para fines de archivo o respaldo. La transferencia de todas estas copias se encuentra prohibida, salvo en el caso de las copias de respaldo junto con la venta del programa original.

10.- Además, en el artículo 45 bis, novedad luego de la reforma del año 2003, se agrega que las excepciones que se establecen en la ley se entenderán circunscritas a los casos en que no se atente contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, formulación que ya se encuentra en el

37 Con ciertos matices, en este sentido pueden citarse como ejemplos al respecto de nuestra doctrina Gustavo LABATUT, “Derecho Penal”, Edit. Jurídica, 6ª edic, 1977, Tomo II, pp. 216 – 217, e igualmente Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, Edit. Jurídica, 3ª edic., 1998, Tomo III, pp. 305 – 306.

En nuestra jurisprudencia, pueden consultarse, entre otros, Corte de Apelaciones de Concepción, 19 julio 1943, Gaceta 1943, t. II, p. 406; Corte de Apelaciones de Santiago, 1952, RDJ, t. XLIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 110; Corte Suprema, 29 septiembre 1953, RDJ, t. L, 2ª parte, sec. 4ª, p. 188; Corte de Apelaciones de Santiago, 24 agosto 1959, RDJ, t. LVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 189; Corte Suprema, 13 agosto 1965, RDJ, t. LXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 337; Corte de Apelaciones de Santiago, 19 octubre 1970, RDJ, t. LXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 437; Corte de Apelaciones de Santiago, 17 abril 1984, Gaceta, 1984, t. 46, p. 99; Corte de Apelaciones de Santiago, 12 abril 1990, RDJ, t. LXXXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 21.

centenario Convenio de Berna, al que ya hemos hecho alusión anteriormente, en particular en su artículo 9.2.

Como hemos visto, la existencia de excepciones al derecho de autor no supone necesariamente un equilibrio entre los intereses involucrados. Así, además de ser pocas las normas de excepción que contempla la ley chilena, ellas se ven cercenadas en su ejercicio por restricciones que no responden ni al interés público ni menos se avienen a las necesidades de los involucrados en el contexto de la irrupción tecnológica.

5.- EL DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIO COMÚN

Como anteriormente se puntualizó, además de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, el fortalecimiento del dominio público es otra de las formas en las que es posible equilibrar el interés público comprometido con la protección de los derechos de autores y titulares. En general, se entiende por dominio público la situación jurídica en la que quedan las obras luego de haberse extinguido el plazo de protección que otorga la ley a favor de los titulares del derecho de autor, o bien cumpliéndose determinadas situaciones especiales mediante las cuales se extinguen los derechos patrimoniales de autor (por ejemplo, porque el autor renuncia a la protección legal y “retirar su obra del comercio”³⁸).

En Chile, la ley se refiere al dominio público como patrimonio cultural común, y en el artículo 11 establece cinco situaciones en las que una obra ingresa a él. Estas son:

1.- Obras cuyo plazo de protección se haya extinguido. Esto responde al carácter temporal de la protección del derecho de autor, y en esta situación se encuentran las obras cuyo autor haya fallecido hace más de setenta años según dispone la norma del artículo 10 de la ley. Si bien parece una regla clara a simple vista, la verdad es que las dificultades de tener información precisa respecto de algunos autores, y además las particularidades del cómputo del plazo en Chile, hacen que termine siendo muy complejo saber cuándo la protección de los derechos patrimoniales ha concluido y por tanto cuándo una obra ha pasado a ser parte del patrimonio cultural común.

En el caso chileno, ha habido cambios sucesivos en los plazos de protección desde 1834, cuando la primera regulación que se refiere a la materia en Chile estableció la regla de protección de los derechos de autor durante toda la vida de autor, y de haber herederos, por cinco años más, pudiendo ser prorrogados a diez. Posteriormente, el Decreto Ley 345 de 1925 incrementó la protección a la vida del autor más veinte años; la Ley 9.549 de 1950 extendió el plazo a cincuenta años luego de la muerte del autor. La Ley 17.336 de 1970 originalmente establecía una protección de treinta años post-mortem, para que luego la Ley 19.166 de 1992 aumentara dicho plazo a cincuenta años

38 Artículo 14.6 Decreto Real Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual de España.

luego de la muerte del autor y, finalmente, la Ley 19.914 de 2003 estableciera el plazo vigente hoy, cual es, por regla general, la vida del autor más setenta años contados desde la fecha de su muerte.

Para efectos de sistematizar el estatuto legal de las obras que se encuentran en el dominio público en Chile, desde esta perspectiva debemos distinguir si se trata de autores chilenos o bien de extranjeros. Si se trata de autores chilenos o bien extranjeros con domicilio en Chile, la aplicación de las reglas expresadas anteriormente es clara en torno a que la obra de los autores que fallecieron antes del 16 de septiembre de 1962³⁹ se encuentra sin duda en el dominio público o patrimonio cultural común. En el caso de los autores extranjeros no domiciliados en Chile, habría que a su vez distinguir si es que la normativa de los países de los que son nacionales acogen las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile en la materia. En el caso que no las acojan, pues las obras de sus nacionales se encuentran en el dominio público. En el caso que sí las acojan, se encuentran en el dominio público las obras de los autores que fallecieron antes del 18 de noviembre de 1953⁴⁰⁻⁴¹.

No obstante lo anterior, es muy importante señalar que las anteriores no son reglas del todo absolutas. Principalmente porque además del cálculo del plazo, y en particular cuando se trata de la aplicación de la ley luego de la reforma del año 1972⁴², es necesario determinar si estos autores tuvieron o no hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado con una imposibilidad definitiva para desarrollar algún trabajo⁴³. En ese caso, es decir, que al vencimiento del plazo que establece la ley exista cónyuge del autor o bien hijas solteras o viudas, o casadas con alguien afectado por una imposibilidad para realizar trabajo, el plazo de los setenta años post mortem para determinar si la obra se encuentra o no en el dominio público, deberá contarse a partir de la fecha de muerte del último de estos sobrevivientes. Como es posible entender, lo anterior requiere además de un análisis legal minucioso y prolijo, un análisis adicional respecto de la genealogía del autor de marras, siendo en definitiva esta incertidumbre

39 Dado que la fecha de publicación de la ley 19.166 es el 16 de septiembre de 1992, cuyo plazo de protección, como vimos, era vida del autor más cincuenta años post mortem.

40 Dado que la fecha de publicación de la ley 19.912 es el 18 de noviembre de 2003, que estableció el plazo de protección de setenta años contados desde la fecha de la muerte del autor.

41 En cualquier caso, el cálculo de los plazos de protección está lejos de ser un asunto pacífico. Además de las complicaciones ya apuntadas, resulta interesante reconocer los eventuales efectos que pudiera traer consigo la ratificación del Convenio de Berna realizada por Chile en el año 1971 y publicado en 1975 y que podrían dar paso a interpretaciones ciertamente diferentes.

42 Ley 17.773 de 18 de octubre de 1972.

43 Formulación que se encuentra contemplada en la parte final del comienzo del artículo 10, que establece el plazo de protección, que señala "En caso que, al vencimiento del este plazo, existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, este plazo se extenderá hasta la fecha del fallecimiento del último de los sobrevivientes."

legal un obstáculo muchas veces insalvable para muchas instituciones que quieren hacer uso de obras que presumiblemente están en el dominio público.

La redacción de esta norma, relativa a la ampliación de plazo, agregada en la primera reforma que se le hizo a la ley 17.336, no guarda relación con norma alguna que se tenga conocimiento en la región ni en los socios comerciales del país y más que ser un apoyo para la subsistencia de determinados familiares de los autores, supone una cortapisa radical al fortalecimiento y masificación del dominio público en Chile. Lo anterior, dado que no permite tener claridad alguna desde el punto estrictamente normativo de cuál es el criterio que la ley entrega para acrecentar el patrimonio cultural común, criterio que si bien en principio es la fecha de muerte del autor, en una cantidad no menor de casos se encuentra establecido por la fecha del fallecimiento de familiares de quien tuvo a su haber la creación de una obra intelectual.

2.- Obras de autor desconocido, tales como canciones, leyendas, danzas y expresiones del acervo folklórico. Estas obras son parte del dominio público. Se trata de manifestaciones culturales que conforman el acervo cultural común, de tradiciones que otorgan identidad a un pueblo, y que casi por definición tienen autor desconocido, por lo que resulta complejo establecer titularidad privada sobre esas manifestaciones cuando se trate, claro está, de obras de carácter intelectual protegibles por derecho de autor.

No obstante lo anterior, existe discusión en la doctrina respecto de cuál debiera ser el mejor tratamiento para la protección del folklore, considerando algunos que efectivamente, dado el caso, estas son obras que tienen a lo menos una titularidad colectiva por parte de determinados pueblos indígenas y que la idea del dominio público no sería sino una manifestación más del establecimiento de criterios occidentales de protección cultural, permitiendo esta figura legal que terceros se apropien de conocimientos ancestrales en detrimento del desarrollo cultural de estas comunidades.⁴⁴

Lo relevante, respecto de lo que acá interesa, es que el desarrollo del folklore y de las manifestaciones culturales asociadas a él una de las formas en las que se construye este acervo cultural común, una de las figuras que permiten precisamente que se construyan otras manifestaciones culturales a partir de ellas, por lo que es precisamente la figura del dominio público la que mejor interpreta lo que efectivamente estas manifestaciones suponen, esto es, la construcción de un ethos cultural.

⁴⁴ El tema por cierto es mucho más complejo de lo que podríamos tratar acá y ha sido sujeto de tratamiento en una serie de documentos internacionales tanto de OMPI como de UNESCO (ver Boletín de Derecho de autor y UNESCO 4/1982, pp. 65-68, Declaración de la 25° Conferencia General de la Unesco de 1989). Asimismo es como se explica la necesidad de tener el dudoso sistema de dominio público oneroso. En ese sentido, LYPSZIC, Op. Cit., p. 265.

3.- Obras cuyos titulares renunciaron a la protección de la ley. Es evidente que los autores sólo pueden renunciar a los derechos que la ley les permite disponer, lo que excluye en forma explícita a los derechos morales, como el derecho de integridad y paternidad.

La formulación de la letra c) del artículo 11 que contempla esta hipótesis podría suponer que la situación legal es clara, pero es necesario complementarla con lo que dispone el artículo 86 del mismo cuerpo normativo. En efecto, en una norma que se contrapone al ya comentado 11, el artículo 86 sostiene que “Son irrenunciables los derechos patrimoniales que esta ley otorga a los titulares de los derechos de autor y conexos, especialmente los porcentajes a que se refieren los artículos 50, 61, 62 y 67”.⁴⁵ La evidente contradicción normativa supone un obstáculo adicional y considerable para el desarrollo de alternativas a la protección por defecto del derecho de autor basadas en la ley vigente que suponen, en algún sentido, la renuncia de derechos patrimoniales de autor. Esta norma del artículo 86, que por lo demás contraría además la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos del artículo 12 del Código Civil dada para aquellos que miran al interés individual del renunciante.⁴⁶

4.- Obras de autores extranjeros, con domicilio en el exterior que no tengan protección de derecho de autor en sus países. Esta norma no es sino aplicación de el principio del “trato nacional”, que sostiene que los países deben proteger las obras intelectuales de autores extranjeros en la misma forma que los autores nacionales. Asimismo, las obras de chilenos en el extranjero deben tener la misma protección que la que éstos obtienen en Chile, de manera tal de establecer una relación recíproca desde el punto de vista normativo. Dada la cantidad de países que han suscrito el Convenio de Berna resulta una hipótesis de aplicación más bien excepcional.

5.- Obras expropiadas por el Estado. Es un supuesto excepcionalísimo y con escasa, por no decir nula, aplicación en nuestro país y responde al criterio que establece la parte final del número 25 del artículo 19 de la Constitución, al equiparar algunas figuras relativas a la propiedad con el derecho de autor, en particular la que se refiere a la expropiación, como ya hemos indicado.

Al pasar al dominio público, en definitiva, las obras intelectuales pasan a ser parte del acervo común de la sociedad y por tanto todos sus miembros pueden gozar de

45 La única explicación posible para este extraño artículo es entender el contexto en el que se encuentra ubicado dentro de la ley. No obstante estar en el marco de lo que la ley ha denominado “Disposiciones Generales”, por la referencia a los porcentajes de participación de que gozan los autores que realizan las normas de los artículos 50, 61, 62 y 67. Sólo de esta forma sería posible entender la razón de esta norma, que como vimos se encuentra en perfecta contradicción con el artículo 11c, impidiendo que muchas obras intelectuales puedan ser parte del dominio público por decisión del autor.

46 Establece el artículo 12 del Código Civil Chileno: “Art. 12. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

dichas obras libremente sin que ninguna de ellas pueda adquirir derechos exclusivos a su respecto, siempre que respete los derechos morales de paternidad e integridad de la obra.

Respecto de la regulación del dominio público, una vez más vemos cómo el Reglamento de la Ley 17.336 establece limitaciones inaceptables en un sistema de derecho de autor equilibrado, como lo es el denominado sistema de dominio público oneroso, que supone que no obstante ser obras que pertenecen al patrimonio cultural común, según lo que dispone el artículo 2 y 3 del controvertido Reglamento, quienes utilicen obras que pertenecen al dominio público deberán pagar el 1% del precio de venta al público, descontados los impuestos, de los ejemplares que se publiquen, lo que supone ciertamente utilidades lucrativas de obra que tienen el estatus de dominio público o patrimonio cultural común, inhibiendo –a lo menos desde el punto de vista de la letra de la norma, por la escasa aplicación que ésta ha tenido- el desarrollo comercial basado en la utilización de dichas obras y que permitan de cierta forma la difusión de este patrimonio cultural a través de mecanismos comerciales.

6.- CONCLUSIONES

Como vimos, el derecho de autor es una regulación que debiera apuntar al equilibrio entre los intereses que se encuentran comprometidos en pos se asegurar, por un lado, una adecuada protección a los derechos de los autores y, por otro, adecuadas condiciones de acceso. En el caso chileno, los esfuerzos que el país ha hecho para integrarse a la economía mundial con la vuelta a la democracia durante los noventa, han tenido un impacto directo en la forma en la que la legislación en materia de derecho de autor se ha ido adecuando a los desafíos de los nuevos tiempos. Así, es posible ver que Chile ha aceptado con entusiasmo modificaciones de sus estándares de protección en materia de derecho de autor, ampliando el espectro de aplicación, aumentando sus plazos de protección y las penas ante las infracciones. Pero no se aprecia la misma energía cuando se trata de hacer una adecuación normativa desde la perspectiva del acceso, y así el derecho de autor se ha visto cada vez más restringido respecto de sus excepciones y limitaciones y se han preservado cortapisas normativas al desarrollo del dominio público.

Principalmente debido a los objetivos últimos que busca una regulación de derecho de autor, haciendo un trabajo desde la dogmática y cruzando relaciones entre normas constitucionales, tratados internacionales y normas legales, es posible construir una perspectiva más amistosa para el acceso y más adecuada también para los nuevos creadores que nacen a partir de la masificación de las nuevas tecnologías durante el último tiempo.

Desde la perspectiva del acceso, y de las oportunidades que suponen las nuevas tecnologías para el desarrollo cultural, no resulta del todo razonable enfrentar los fe-

nómenos tecnológicos sólo desde la óptica de la protección. Es que las legislaciones de nuestros países, y en particular sucede eso con la chilena, estaba pensada para regular la creación intelectual de la era analógica, por lo que cuando la misma norma intenta regular la creación de la era digital, además de muchas veces resultar insuficiente, en otras ocasiones lisa y llanamente supone la ilegalidad de muchas conductas creativas, con el consiguiente resultado lesivo para el interés público comprometido.

Parece ser urgente, desde esta perspectiva, entender que las necesidades de equilibrio normativo, y la necesidad de tener un sistema robusto de excepciones y limitaciones al derecho de autor y fortalecimiento del dominio público no sólo es una urgencia dadas las necesidades de los nuevos actores que surgen con las nuevas tecnologías, sino que también resultan claves para el discurso público. Así, el fortalecimiento de excepciones que se refieran específicamente a la labor educativa, excepciones que permitan al desarrollo sin obstáculos del periodismo, excepciones que admitan que los ciudadanos puedan hacer uso de la crítica sin requerir autorización previa de titulares de derechos de autor, que no necesariamente comparten los intereses de los creadores, y otras que permitan el desarrollo propio de las bibliotecas en su faz de rescate y resguardo patrimonial, resultan no sólo necesarias para tener un sistema de derecho de autor equilibrado, sino que también urgentes para la democracia.

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN BRASIL: LOGRANDO UN EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN Y EL ACCESO AL CONOCIMIENTO¹

por Pedro de Paranaguá Moniz²⁻³

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- TRATADOS INTERNACIONALES: BERNA Y ADPIC.- A.- PLAZO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.- B.- LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR.- 3.- FORO NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR BRASILEÑO.- 4.- CONCLUSIÓN.-

1.- INTRODUCCIÓN

Durante el siglo veinte, el desarrollo de nuevas tecnologías redujo gradualmente la distancia entre el hombre y las obras culturales. Se hizo cada vez más fácil acceder a obras artísticas, científicas y literarias, por estudio o por placer. Al mismo tiempo, los autores y creadores comenzaron a tener más posibilidades para controlar directamente sus propias obras, en lugar de ceder el control a intermediarios. Es más, aparecieron formas de expresión y formatos que permitieron que las obras fueran accesibles cada vez más rápida y eficientemente. Esto alcanzó su punto más alto con el advenimiento de Internet a mediados de los años '90.

-
- 1 Título original: Exceptions and limitations to copyright law in Brazil: striking a balance between protection and access to knowledge. Traducción de Juan Carlos Lara, investigador de ONG Derechos Digitales.
 - 2 Pedro Paranaguá es Profesor de Derecho en la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas (FGV) en Río de Janeiro. Coordinador del Programa A2K (Access to Knowledge - www.a2kbrasil.org.br/ENG) en el Centro para la Tecnología y Sociedad en la Escuela de Derecho FGV en Río. Coordinador de los cursos de aprendizaje a distancia de derecho en FGV Online. LL.M. (merit) en propiedad intelectual en Queen Mary, Universidad de Londres. Representante acreditado de la Escuela de Derecho de FGV Río, en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Asesor legal del Ministerio de Cultura de Brasil. Investigador Asociado en IQsensato (www.iqsensato.org), un centro de estudios de desarrollo, investigación y planificación independiente, internacional y sin fines de lucro. Miembro del Proyecto Software Libre Brasil (PSL-Brasil). Autor de libros, capítulos y artículos sobre propiedad intelectual y acceso al conocimiento, y participante en conferencias nacionales e internacionales en estos temas. El autor puede ser contactado en pedro.paranagua@fgv.br
 - 3 El autor quisiera agradecer la colaboración de Sérgio Branco, sin el cual este trabajo no habría sido posible.

Hacia el final del siglo pasado y fundamentalmente como consecuencia del advenimiento de Internet, se hizo evidente que el acceso al conocimiento –incluyendo textos, música, filmes, fotografías y grabaciones sonoras, entre otros– se extendía sobrepasando las barreras físicas. Con el colapso de las fronteras territoriales en el mundo virtual y el veloz ritmo de la globalización, el sueño enciclopedista de reunir todo el conocimiento humano en un solo lugar se hizo realidad de la forma menos esperada: cualquier persona conectada a la red mundial tendría acceso a prácticamente todo el saber humano. Esa fue la expectativa generada por Internet.

Es imposible negar el beneficio que significa la oportunidad de obtener acceso desde los más diversos lugares a obras científicas, literarias, musicales, cinematográficas y de otra clase. El acceso a las obras intelectuales hechas por el hombre está vinculado directamente al desarrollo económico y social. Más que eso, está también vinculado a la educación, ayudando a construir una comunidad global capaz de cumplir con los nobles ideales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En relación con los países en desarrollo –como Brasil–, el acceso al conocimiento es aun más necesario, puesto que el tema del desarrollo está relacionado directamente con la educación y con la producción científica y cultural, así como con el acceso en general a la cultura, la información y el conocimiento.

En el presente documento se analiza el régimen brasileño de derecho de autor en las llamadas excepciones y limitaciones al derecho de autor, tomando en consideración si ellas satisfacen o no el propósito básico del derecho de autor. El derecho de autor tiene una doble naturaleza como derecho humano: representa tanto el derecho del autor a la remuneración y el derecho humano de acceso a la cultura y el conocimiento, ambas necesidades fundamentales para el desarrollo intelectual.

Es necesario advertir que existen obstáculos económicos y sociales que deben ser analizados a la luz de este objetivo de desarrollo. En un mundo globalizado, el acceso a la cultura y a los bienes educacionales no siempre está a disposición de todos. Aquí, la desigualdad económica juega un papel crucial. Por ejemplo, la disponibilidad de cualquier obra puede depender de la riqueza (una obra puede estar disponible solamente para un número reducido de personas adineradas), impedimentos tecnológicos (la tecnología necesaria para acceder a una obra puede no estar disponible), o el aislamiento económico y geográfico de ciertos países en desarrollo en relación con la disponibilidad de los productos informativos.

Esto no es solamente un tema socioeconómico, sino que guarda relación directa con el derecho de autor: el derecho de autor puede representar tanto un incentivo para la producción como un obstáculo para el acceso.

Después de la revolución industrial –que determinó las relaciones jurídicas a lo menos hasta la primera mitad del siglo veinte– se está experimentando una revolución tecnológica en la cual es necesario reunir ciertos hechos en una difícil ecuación: al mismo tiempo que la riqueza dejó de estar basada en bienes materiales y los bienes inmateriales e intangibles se volvieron más valiosos en comparación con los bienes materiales, la ley exige la funcionalización de las instituciones jurídicas. Así, es necesario recuperar los propósitos y funciones originales del derecho de autor, incluyendo su rol como incentivo económico para la creación y la difusión de obras intelectuales, mientras, a la vez, se promueve el acceso más amplio posible a tales obras. En este sentido, la Constitución Federal brasileña menciona expresamente que la propiedad debe servir a su función social. Este imperativo constitucional, cuando es trasladado al ámbito del derecho de autor, representa precisamente la obligación de las leyes de derecho de autor de cumplir sus funciones tanto económicas como sociales.

Desde un punto de vista práctico, esto significa que los propietarios de los bienes intelectuales, especialmente los intermediarios, que no participan en el proceso original de la creación, no deben abusar de sus derechos de propiedad o permitir que ellos se devalúen, perdiendo su función y razón de existencia.

Emilio García Méndez demuestra la importancia de este tema cuando afirma:

“En el actual estado de desarrollo tecnológico, en el cual el acceso al conocimiento representa el factor decisivo y fundamental que permite una existencia propia de la dignidad humana, que es el propósito último de los derechos humanos, el derecho a la educación no debe ser sometido a forma alguna de negociación, y debe ser considerado como una prioridad absoluta, tanto como la abolición de la esclavitud y de la tortura.”⁴

Tomando una vez más en consideración la Declaración Universal de Derechos Humanos, puede observarse que su Artículo XXVI establece que “toda persona tiene derecho a la educación”. Es evidente que para tener educación es necesario tener acceso a los mecanismos a través de los cuales se provee la educación: textos, música, películas. En un mundo multimedia, sería reaccionario concebir un proceso educativo que incluya solamente libros y cuadernillos, y la presencia de un profesor en una sala de clases, como solía ser hace algunos años.

No obstante, lo que podría observarse actualmente es que a pesar de que (i) la educación es un derecho humano; (ii) entre los derechos humanos también pueden encontrarse los derechos a la libertad de opinión y de expresión, de recibir y transmitir información e ideas a través de cualquier medio y con independencia de las fronteras,

4 Emilio García MÉNDEZ, “Origin, Sense and Future of Human Rights: Thoughts for a New Agenda”. Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos – Vol. 1. Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 12.

de participar libremente en la vida cultural de una comunidad determinada; y (iii) el ejercicio de tales derechos es imperativo para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad humana, la verdad es que estos derechos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no siempre pueden ser ejercidos, sea por restricciones sociales, económicas o legales.

La actual ley brasileña de derecho de autor, en materia de excepciones y limitaciones, se ha convertido desde su promulgación en 1998 en un impedimento significativo para la implementación de los objetivos trazados por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Muchos de sus artículos no hacen uso de la flexibilidad permitida por los tratados internacionales y adoptados por un gran número de países, tanto en desarrollo como desarrollados.⁵

En este sentido, para analizar la presente legislación de propiedad intelectual brasileña, es necesario tomar en consideración el contexto internacional en el que se inserta. Para proceder con los cambios necesarios en el derecho brasileño de manera tal que hagan a la ley más compatible con las demandas contemporáneas, debe examinarse la legislación brasileña a la luz de los tratados internacionales y otras leyes de derecho de autor.

2.- TRATADOS INTERNACIONALES: BERNA Y ADPIC

La actual ley brasileña de derecho de autor fue concebida de acuerdo con los principios establecidos por el Convenio de Berna, que data de 1886, revisado por última vez en París, en 1971. El texto del Convenio de Berna fue incorporado a la legislación brasileña a través del Decreto N° 75.699, con fecha 6 de mayo de 1975.

Brasil también es parte del Acuerdo sobre los ADPIC, parte del Memorando Final que resumió los resultados de la Ronda Uruguay de Negociación Multilateral de Comercio bajo el GATT, que creó la Organización Mundial de Comercio (OMC), firmado el 12 de abril de 1994, e incorporado a la legislación brasileña por el Decreto N° 1.355, del 30 de diciembre de 1994.

Sin perjuicio de los principios establecidos por el Convenio de Berna y el Acuerdo ADPIC, muchas de las posibilidades y niveles de flexibilidad previstos en ambos tratados no se han incluido en la ley de derecho de autor brasileña, lo que la convierte en una de las leyes más restrictivas en comparación con las de otros países. Por ejemplo: entre otras limitaciones legales, la ley brasileña no permite a los usuarios hacer copias privadas, ni siquiera con fines educativos o de archivo. Esto significa que bajo ninguna

5 Consumers Internacional, "Copyright and Access to Knowledge – Policy Recommendations on Flexibilities in Copyright Law". Dicho informe, a su vez, aborda también los niveles de flexibilidad del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), siendo este último parte del acuerdo por el que se creó la Organización Mundial de Comercio, OMC.

circunstancia se permite hacer una copia completa de obra intelectual alguna sin previa autorización expresa del titular de derechos de autor, aun si la copia es utilizada en un contexto estrictamente privado o familiar. Como puede verse, una prohibición así es inconsistente con la dicotomía entre las esferas privada y pública, y genera consecuencias negativas, especialmente en un país en desarrollo como Brasil.

Es posible encontrar en ambos tratados internacionales mencionados algunos niveles de flexibilidad y mecanismos que pudieran ser adoptados por la ley de derecho de autor brasileña y las de otros países en desarrollo. Es más, es posible incorporar prácticas adicionales a aquellas previstas por los dos tratados internacionales antes mencionados que, si son adoptadas, no violarían dichos tratados. Varios países en desarrollo e incluso países desarrollados lo han hecho, sin embargo Brasil no.

A continuación sigue un análisis de posibles niveles de flexibilidad previstos en el Convenio de Berna y en el Acuerdo ADPIC, más una breve explicación de cómo la ley brasileña incorpora (o no) estas provisiones legales.

De acuerdo con el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, debajo se encuentran los niveles de flexibilidad disponibles que pueden ser adoptadas por las partes signatarias en tales instrumentos:

Ítem	tema	Berna	ADPIC
A	PLAZO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR		
(1)	plazo mínimo de protección determinado por tratados internacionales	Art. 7	Arts. 9 y 12
B	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES		
(2)	importación paralela	n/a	
(3)	uso de la opción de licencias no voluntarias para la traducción, reproducción y publicación de obras protegidas por derecho de autor	Anexo Art. II	
(4)	uso de la condición de “fijación en soporte material” para la protección de derechos de autor	Art. 2 (2)	
(5)	dicotomía entre “idea” y “expresión”	n/a	Art. 9 (2)
(6)	inclusión de una cláusula genérica de fair use	Art. 9 (2)	Art. 13
(7)	no formulación de provisión alguna antielusión	n/a	
(8)	incorporación de los máximos niveles de flexibilidad disponibles para propósitos educativos	Art. 10 (2)	
(9)	incorporación de los máximos niveles de flexibilidad disponibles para fines de cita	Art. 10 (1)	
(10)	exclusión de la protección de derecho de autor para los textos oficiales y sus respectivas traducciones	Art. 2 (4)	

(11)	exclusión de la protección de derecho de autor para discursos políticos y discursos pronunciados en el curso de un procedimiento judicial	Art. 2 (bis) (1)	
(12)	aseguramiento de que la protección dada a las bases de datos no incluya a los datos en sí		Art. 10 (2)

A continuación, se analiza algunos aspectos de la ley brasileña de derecho de autor en comparación con los niveles de flexibilidad autorizados por el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

PARTE A: PLAZO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Ítem (1): Plazo mínimo de protección según lo determinado por los tratados internacionales.

El derecho de autor tiene una doble configuración: (i) derechos morales, referidos a la personalidad del autor y, por la misma razón, como cualquier otro derecho de la personalidad, son ejercidos a perpetuidad, no pueden ser transferidos y no están necesariamente relacionados con la explotación económica de la obra y (ii) derechos económicos exclusivos, que duran por un tiempo determinado por ley. Una vez que este período de tiempo ha transcurrido, las obras se vuelven parte del dominio público, pero solamente en relación con los derechos económicos.

Tanto el Convenio de Berna como el Acuerdo sobre los ADPIC tienen plazos específicos para la protección de aspectos económicos de las obras protegidas. El plazo de protección que sirve de base está determinado por el artículo 7(1) del Convenio de Berna y corresponde a la vida del autor más 50 (cincuenta) años.

Además de este plazo de protección, el artículo 7 del Convenio de Berna también establece plazos específicos de protección, relacionados con (i) las obras cinematográficas (cincuenta años después de que la obra ha sido hecha accesible al público o desde la producción de la obra), (ii) las obras anónimas o seudónimas (cincuenta años después de que la obra ha sido hecha accesible al público legalmente) y (iii) las obras fotográficas y las obras de arte aplicado (al menos hasta el final de un período de veinticinco años desde la producción de la obra).

El artículo 7(6) del Convenio de Berna establece que los países signatarios pueden determinar, en sus propias leyes de derecho de autor, plazos de protección más amplios. Sin embargo, es necesario enfatizar que ésta es una opción y no una obligación, y que corresponde a los legisladores de cada país decidir si es que incluirán un período más extenso de protección en sus propias leyes de derecho de autor.

En el caso de los países en desarrollo, como Brasil, es difícil justificar un plazo de protección más amplio que el establecido por los tratados internacionales. Con el plazo de protección base, las obras entrarían en el dominio público después de permitir a sus titulares un período generoso de explotación económica exclusiva, y el acceso y el uso por la sociedad también estaría garantizado una vez que el plazo de protección haya terminado. Un aspecto importante que debe observarse es que los países en desarrollo están en desventaja internacional respecto del pago de regalías por el uso de obras protegidas por el derecho de autor –incluyendo todo, desde el software hasta las obras cinematográficas– toda vez que los países en desarrollo son normalmente licenciatarios de obras protegidas. Un plazo de protección extendido para las obras protegidas exacerba esa desventaja para los países en desarrollo.

Es relevante mencionar que el comienzo del derecho de autor como es conocido hoy en día, tuvo lugar en Inglaterra a principios del siglo XVII y de hecho era un derecho de exclusividad conferido a los editores en compensación por las copias publicadas de una obra determinada (es la idea del copyright, derecho de copia). El término de protección era de 14 (catorce) años, y podía ser renovado por otros 14 (catorce). Hoy en día, el estándar mínimo es la vida entera del autor más 50 años después de su muerte, y varios países han adoptado la cláusula “vida del autor más 70 años”. Esto significa que una obra puede estar protegida por aproximadamente 100 años.

El sistema de derecho de autor angloamericano no fue el único en proveer un plazo breve de protección. El texto original del Convenio de Berna establecía que el plazo de protección sería la vida del autor más solo 7 (siete) años.⁶ El plazo de protección fue extendido a su longitud actual en 1908, durante la revisión del Convenio de Berna.

Aunque el plazo básico de protección era la vida del autor más 50 (cincuenta) años, la tendencia en el siglo XX fue la sistemática extensión de ese plazo, de manera tal que muchos países actualmente adoptan como plazo de protección la vida del autor más 70 (setenta) años. Entre esos países están Alemania, Croacia, Dinamarca, Georgia, Islandia, Suecia y Suiza, por mencionar a algunos. Sin embargo, algunos países establecen un plazo de protección en conformidad con el texto del Convenio de Berna, por ejemplo, el tiempo de vida del autor más 50 (cincuenta) años. Algunos ejemplos son Sudáfrica, Angola y Canadá, aunque en esta última se está revisando la ley.

Brasil no ha incorporado ninguno de los plazos específicamente mencionados en el Convenio de Berna. De acuerdo con la ley brasileña de derecho de autor, (i) la protección dura por 70 (setenta) años después de la muerte del autor (Art. 41); (ii) el plazo de protección de las obras anónimas y seudónimas será de 70 (setenta) años después de su publicación (Art. 43), y (iii) el plazo de protección para las obras audiovisuales y fotográficas será de 70 (setenta) años después de ser hechas públicas (Art. 44).

6 *Ibidem*, p. 21.

El plazo de protección adoptado por Brasil es al menos 20 años más extenso que el estándar mínimo requerido por los tratados internacionales mencionados, lo que significa que el público general necesita esperar por 20 años más para tener libre acceso al mismo bien intelectual. Por esta razón, es necesario pasar por un análisis que pueda establecer un equilibrio ideal para el plazo del uso económico exclusivo de la obra protegida, considerando que un plazo extenso impedirá que la sociedad utilice la obra después de un plazo adecuado de protección. Los aspectos económicos y sociales debieran ser tomados en cuenta, como por ejemplo, el poder adquisitivo.

Conclusión: los acuerdos internacionales permiten que Brasil y los países en desarrollo que no forman parte de la OMC o algún acuerdo ADPIC-plus, adopten plazos de protección más breves para las obras protegidas, según lo establecido por el Convenio de Berna, y ello debiera ser tomado en consideración por estos países.

PARTE B: LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Ítem (2): Autorización para la importación paralela.

De acuerdo con la Liga Internacional del Derecho de la Competencia, las importaciones paralelas pueden definirse como “aquellas llevadas a cabo por individuos o compañías, a nombre propio o de terceros, fuera del área de distribución exclusiva o selectiva, en un territorio nacional determinado, de productos legítimamente vendidos en otros territorios, por el titular de derechos de propiedad intelectual u otros derechos relacionados con la manufactura, venta o identificación de bienes, o por cualquier otra persona con el consentimiento o autorización del propietario de derechos”.⁷

Según lo explicado por Cláudia Adiers, en relación con aspectos de marcas comerciales, “el nombre importación paralela se refiere al hecho que los productos, con una marca comercial debidamente registrada, manufacturados en un país determinado por el propietario de la marca, sus afiliados o licenciarios, son importados sin el consentimiento del propietario de la marca en el mercado local. Así, dichos productos competirán directamente con aquellos manufacturados por el productor o distribuidor legalmente autorizado para aquello, generando una competencia entre marcas comerciales idénticas, porque ambos son productos genuinos, protegidos por el derecho marcario, y no son productos falsificados”.⁸

7 Cláudia Marins ADIERS, “Parallel Import According to the Principle of Trademark Exhaustion and Contractual and Competition Aspects”. Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual. Denis Borges Barbosa (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 35.

8 *Ibidem*, pp. 39-40.

Aun cuando este documento no se refiere directamente a la propiedad industrial, la definición anterior es ilustrativa y resulta fácil comprender la idea cuando se relaciona con obras protegidas por derecho de autor tales como libros, CDs, DVDs, etc.

Aunque el tema de la importación paralela no está regulado por el Convenio de Berna ni el Acuerdo sobre los ADPIC, la importación paralela no debiera ser prohibida, considerando que constituye un mecanismo legítimo que puede facilitar el acceso a las obras nacionales o internacionales, eventualmente a precios inferiores. Con la creciente globalización y el alza y expansión de los acuerdos de libre comercio, impedir la importación paralela sería una verdadera contradicción.

Conclusión: no existe prohibición en el Convenio de Berna ni en el Acuerdo sobre los ADPIC en relación con la importación paralela, y por este motivo Brasil y otros países en desarrollo pueden autorizarla, facilitando el acceso a los bienes intelectuales.

Ítem (3): Licencias no voluntarias para la traducción y la reproducción.

El Anexo al Convenio de Berna regula aspectos relacionados con los países en desarrollo y prevé para estos países algunas disposiciones sobre excepciones a los derechos de autor que resultan interesantes, aunque casi inaplicables.

A pesar de que autorizar usos de la obra tales como la traducción y la publicación es una opción entregada al autor, el Convenio de Berna prevé casos específicos de licencias no voluntarias para la traducción y para la publicación y distribución.

El Artículo II del Apéndice del Convenio de Berna prevé los casos en los cuales el nacional de un país en desarrollo puede obtener una licencia para traducir y publicar una obra disponible en un idioma extranjero. Esta es una licencia que solamente puede ser otorgada para el cumplimiento de propósitos educativos o de investigación.

El Artículo III del mismo Anexo autoriza la emisión de licencias no voluntarias para la reproducción de obras protegidas por derecho de autor. De la misma forma que la licencia mencionada en el párrafo anterior, el propósito aquí es suplir la demanda educativa por acceso al conocimiento, y el derecho humano a la educación.

A pesar de que el procedimiento para emitir estas licencias no obligatorias es altamente complejo e incluso poco claro, los países en desarrollo como Brasil tienen el derecho a usar estas licencias. Sin embargo, no existe referencia a esta posibilidad en la ley brasileña de derecho de autor.

Conclusión: A pesar de las dificultades de implementación vinculadas con las disposiciones sobre licencias no voluntarias en el Apéndice al Convenio de Berna, Brasil u otros países en desarrollo podrían hacer uso de licencias no voluntarias para la traduc-

ción de obras en idioma extranjero o bien para la reproducción de obras en cumplimiento de las disposiciones previstas en el Apéndice.

Ítem (4): Uso de la condición de “fijación en soporte material” para la protección de derecho de autor.

De acuerdo con el Artículo 2(2) del Convenio de Berna, “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.”

De la lectura de la disposición anterior, puede advertirse que es posible negar protección a título de derechos de autor a obras que no estén fijadas en un soporte material. Sin embargo, dado que el Convenio de Berna no define la expresión “soporte material”, sería necesario excluir “almacenamiento digital” de esta definición, pues, en caso contrario, significaría que no habría protección a título de derechos de autor para las obras originalmente hechas accesibles al público en formato digital, como en Internet.

Teniendo presente que el derecho de autor nace con la obra, sin importar si ella está o no registrada, en el caso de un libro que tradicionalmente se imprime mediante los métodos tradicionales, estará protegido por el derecho de autor conforme a lo previsto en los tratados internacionales, sin importar si ha sido hecho accesible al público a través de Internet.

No obstante, si un libro ha sido publicado originalmente a través de medios digitales, y mientras no sea fijado en un soporte material, estaría fuera de la protección por derecho de autor, en la medida en que se adopte la disposición del Convenio de Berna antes mencionada.

Sin embargo, actualmente y teniendo presente la ley brasileña de derecho de autor, no es posible omitir la protección de obras que no estén fijadas en medios materiales. Cuando se enumeran las obras que son protegidas por el derecho de autor, el artículo 7 de la ley brasileña de derecho de autor señala:

“Art. 7: Son obras intelectuales protegidas aquellas creaciones del espíritu, expresadas por cualquier medio o fijadas en cualquier soporte, tangible o intangible, conocido o que se invente en el futuro, tales como:”

Al leer este artículo, puede observarse que el Congreso brasileño tenía dos grandes objetivos: (i) poner énfasis en la necesidad de que una obra, por ejemplo una creación del intelecto, sea expresada, y (ii) para minimizar la importancia del medio en el cual la obra es expresada.

De hecho, debe destacarse que solamente las obras que han sido expresadas pueden ser protegidas por el derecho de autor. Las ideas no están protegidas por el derecho de autor. No obstante, el medio en el cual la obra es expresada tiene poca o ninguna importancia, excepto para la producción de prueba de su creación o su prioridad. El derecho de autor existe desde la primera vez que la obra es expresada, sin importar el medio.

No se exige que la obra cuya protección se busca esté necesariamente clasificada entre los trece elementos del artículo 7, puesto que la doctrina es unánime en expresar que este artículo enumera las clases de obras de manera no exhaustiva.

Además, es necesario que la obra no entre en las hipótesis del artículo 8 de la ley brasileña de derecho de autor, que establece las obras no protegidas.

Conclusión: Como consecuencia del principio establecido por el Convenio de Berna, y a pesar de lo controvertido que puede ser, es posible crear excepciones y limitaciones más amplias para las obras que no están fijadas en un soporte material. Contrario sensu, bajo el mismo principio, no está permitido que los países adopten excepciones y limitaciones que sean más restrictivas a las obras que no están fijadas en un soporte material (como reducir el acceso a las obras publicadas directamente por un medio digital, en comparación con las obras publicadas por un medio físico).

Ítem (5): Incorporación de la dicotomía entre idea y expresión.

El Convenio de Berna no contempla una disposición específica en esta materia. El Acuerdo sobre los ADPIC establece en su artículo 9(2) que “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

En este sentido la ley brasileña de derecho de autor es consistente con el Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 8º de la ley señala: “No son objeto de protección de los derechos de autor de que trata esta ley: I – ideas, procedimientos normativos, sistemas, métodos, proyectos o conceptos matemáticos como tales (...)”.

El objetivo es claro: las ideas no debieran ser apropiadas por medio del otorgamiento de privilegios o monopolios temporales. De esta forma, la ley brasileña de derecho de autor adecuadamente no entrega derecho alguno sobre las ideas, sino solamente a la forma en que se expresan las ideas.

Conclusión: La legislación brasileña cumple con el Convenio de Berna en lo relativo a no brindar protección a las ideas. Ningún otro país debiera proteger las ideas.

Ítem (6): Inclusión de una cláusula genérica de fair use.

Esta es la famosa regla de la “prueba de los tres pasos” prevista en el Convenio de Berna –como también en el Acuerdo sobre los ADPIC- como una forma de flexibilizar el acceso a los bienes intelectuales.

El artículo 9(2) del Convenio de Berna establece que “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. El análisis de este artículo nos permite verificar que los requisitos para esta excepción son:

- a) debe tratarse de un caso especial;
- b) no puede existir conflicto con la explotación normal de la obra, y
- c) no puede existir un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Como puede verse, el Convenio de Berna permite que cada país miembro implemente la reproducción excepcional. No existe disposición alguna dentro del Convenio de Berna que prohíba la reproducción de la obra completa. Es más, no es necesario pagar una remuneración por la reproducción de la obra, y no existe limitación en el uso de la obra reproducida.

El Acuerdo sobre los ADPIC, en su artículo 13, va más allá y establece que “los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos de explotación a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. En otras palabras, y de acuerdo con el Acuerdo sobre los ADPIC, la regla general del uso justificado no debe aplicarse solamente al derecho de reproducción, sino a cualquier clase de limitación o excepción.

La ley brasileña de derecho de autor ha adoptado varias alternativas que contrastan con los tratados internacionales, y que no van lo suficientemente lejos si se les compara con los niveles de flexibilidad que permiten el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. Al implementar el sistema de excepciones y limitaciones en Brasil, se adoptó la regla siguiente:

“Art. 46: No constituye infracción a los derechos de autor:

(...)

II – la reproducción en un solo ejemplar de fragmentos breves de una obra, para uso privado del copista, siempre que sea hecha por este y sin intención de lucro;”

Así, la ley de derecho de autor brasileña creó al menos dos requisitos que exceden de las normas previstas por el Convenio de Berna.

En primer lugar, determina que la reproducción solamente debe ser hecha si se trata de “fragmentos breves” o “extractos cortos”. La doctrina ha estado tratando, sin éxito, de clarificar lo que constituye “extractos cortos”. Es más, con el desarrollo tecnológico y el acceso a los mecanismos que permiten la reproducción de obras protegidas, esta disposición hace ilegal prácticas cotidianas de muchas personas, lo que pone en riesgo su propia legitimidad. Asimismo, es una limitación no obligatoria (toda vez que no es ordenada por los tratados internacionales) y de difícil interpretación, lo que termina limitando el acceso justificado al conocimiento y a las obras.

En segundo lugar, la ley brasileña de derecho de autor ordena que el uso de las obras reproducidas sea hecho solamente dentro de la esfera privada de la persona que realiza la copia. El Convenio de Berna no impone limitación alguna en relación con el modo de uso de la obra.

Lo que debe observarse es que el uso de una obra fuera de la esfera privada de la persona que hizo la copia, no significa necesariamente que ello será perjudicial para la explotación normal de la obra o para los intereses del autor. Es posible que la persona que hace la copia desee usar la obra con fines educacionales o con fines de crítica y discusión. En estos casos, se podría alegar que el uso de la obra toma lugar fuera de la esfera privada de la persona que hace la copia, sin embargo el Convenio de Berna no estaría siendo infringido.

En efecto, la ley brasileña de derecho de autor no tiene norma genérica alguna como cláusula similar al fair use, con excepción de las insuficientes y restrictivas disposiciones del artículo 46.

Conclusión: La ley brasileña de derecho de autor, en relación con el fair use, está significadamente alejada del sistema de excepciones y limitaciones permitido por los tratados internacionales. La norma genérica de fair use no ha sido adoptada por la ley brasileña, y las limitaciones cuantitativamente imprecisas (“extractos cortos”), como también la limitación en el uso (“dentro de la esfera privada de la persona que realiza la copia”), no son ordenados por los tratados internacionales. Además, el sistema brasileño de limitaciones y excepciones convierte en ilegales algunos actos de la vida cotidiana, lo que nos reconduce a problemas constitucionales, toda vez que la falta de adecuación del sistema lo convierte en una barrera para el acceso al conocimiento. Por tanto, Brasil debería ampliar su ley de derecho de autor y adoptar una visión más abierta hacia las obras protegidas, con el fin de promover no solamente la protección de las obras, sino también amparar el acceso al conocimiento.

Ítem (7): Prohibición de medidas técnicas dirigidas a impedir el acceso y la reproducción de obras protegidas, y de disposiciones legales que impidan la modificación, supresión, o elusión de medidas técnicas de tal naturaleza.

El desarrollo tecnológico hizo posible que la industria de contenidos desarrollara mecanismos que impiden o restringen la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor. Los signatarios del TODA –Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor- deben promover la protección jurídica adecuada, además de los recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas técnicas dirigidas a impedir la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor.⁹

Brasil ha optado por no ser signatario del TODA, y por tanto no está obligado a adoptar tales obligaciones.

A pesar de lo anterior, la ley brasileña de derecho de autor adoptó una obligación de esa naturaleza en su artículo 107, aun cuando no existe obligación internacional en ese sentido. Este artículo dispone que “sin perjuicio del comiso del equipamiento utilizado, será responsable por los perjuicios, nunca inferiores al valor que resultaría de la aplicación del artículo 103 y su único párrafo, la persona que:

I – altere, suprima, modifique o inutilice, de cualquier manera, los dispositivos técnicos introducidos en los ejemplares de las obras y producciones protegidas para impedir o restringir su copia;

II – altere, suprima, modifique o inutilice, de cualquier manera, las señales codificadas dirigidas a restringir la comunicación al público de obras, producciones o emisiones protegidas y destinadas a evitar su copia;

(...)”

Debe observarse que Brasil adopta un régimen de protección que va más allá de los patrones internacionales ordenados por el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

Por otra parte, las medidas técnicas dirigidas a impedir la copia de obras protegidas son ampliamente reconocidas como ineficientes. Como se menciona en un estudio, Internet está llena de información sobre cómo eludir las medidas tecnológicas, sea aplicado a la música, las películas, los libros electrónicos, etc.¹⁰ Por ejemplo, la tecnología

9 Art. 11: Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

10 Véase “Estudio Técnico-Jurídico: Sistema Brasileiro de TV Digital (SBTVD) e Implementação de Tecnologia An-

(HDCCP) que algunos grupos de interés quieren implementar en la televisión digital brasileña es objeto de un estudio por el profesor de la Universidad de Princeton, Edgard Felten, quien explica paso a paso cómo la medida tecnológica puede ser eludida.¹¹ Y existen múltiples estudios distintos que ponen en evidencia que este tipo de tecnología no funciona adecuadamente, tales como los estudios hechos por los profesores Scott Crosby (Carnegie Mellon) y Robert Johnson (Universidad de California en Berkeley).

Eso es lo que sucede con otros tipos de medidas tecnológicas cuya ineficiencia también ha sido demostrada. Por ejemplo, “content scrambling system” (CSS), diseñado para impedir la copia de discos de DVD, a pesar de contar con varios años de investigación y de la inversión involucrada, ha sido eludido por un adolescente de 16 años.¹² Incluso las medidas tecnológicas más recientes aplicadas en los nuevos formatos Blu-Ray y HD DVD han sido eludidas.¹³

Así, como puede verse, las medidas tecnológicas dirigidas a restringir o impedir la copia de contenido digital, son inevitablemente susceptibles de ser eludidas. Y esto nos lleva a la siguiente conclusión: las personas que ilegalmente quieran lucrar con la venta de obras protegidas por derecho de autor de terceros, no serán detenidas por las medidas tecnológicas. En la vida real, el mecanismo desarrollado para impedir la copia de obras no es capaz de cumplir sus objetivos, y el usuario de buena fe termina siendo apartado, incapaz de realizar algunos usos autorizados por ley.¹⁴

Conclusión: Las medidas tecnológicas dirigidas a limitar o impedir la copia de contenido digital son fácilmente eludidas, y representan la incorporación en la ley brasileña de derecho de autor de medidas que Brasil no está obligado a cumplir, toda vez que no es signatario de algunos tratados internacionales (como el TODA y el TOIEF). En consecuencia, se sugiere una revisión de la ley brasileña de derecho de autor, con el fin de modificar o derogar el artículo 107 actualmente vigente, tomando en consideración que sus disposiciones afectan solamente a personas que actúan de buena fe, y dejan espacio a los falsificadores.

Ítem (8): Incorporación de los máximos niveles de flexibilidad disponibles en relación con los fines educativos.

ticópia” (Estudio Técnico-Jurídico: Sistema Brasileño de TV Digital (SBTVD) e Implementación de Tecnología Anticopia), Centro para la Tecnología y Sociedad, Escuela de Derecho, Fundación Getulio Vargas (FGV) en Rio de Janeiro, 2007.

11 <http://www.freedom-to-tinker.com/?p=1005>

12 Véase CNN: “Meet the Kid behind the DVD hack”, disponible en <http://archives.cnn.com/2000/TECH/computing/01/31/johansen.interview.idg/>

13 Véase <http://linhadefensiva.uol.com.br/blog/2006/12/aacs-quebrado/> y <http://info.abril.uol.com.br/aberto/info-news/042007/13042007-24.shl>

14 Para más información, véase www.idec.org.br/restricoestecnologicas (en portugués).

El Artículo 10(2) del Convenio de Berna establece que “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras y visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”

El objetivo del Convenio de Berna es ampliar las posibilidades de uso de las obras protegidas por el derecho de autor con el propósito de promover el acceso al conocimiento, y dar cumplimiento al derecho humano a la educación. No existe limitación en la cláusula antes mencionada respecto de la extensión del uso autorizado, pudiendo ser totalmente factible el uso de una obra completa, siempre que dicha utilización esté justificada por su propósito, y sea compatible con los usos honrados.

Existen dos aspectos del artículo mencionado que merecen atención especial. El Convenio de Berna establece las “condiciones bajo las cuales las obras pueden ser utilizadas legalmente”. No existe restricción alguna en tal uso, y por tanto la interpretación debe ser la más amplia posible. Es más, este artículo establece que las obras pueden ser usadas “a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras y visuales”. Por lo tanto, se debe considerar cualquier clase de uso, y no solamente la reproducción. Es más, no existe restricción respecto de la forma de enseñanza, lo que nos lleva a considerar también los usos para la enseñanza a distancia.

A pesar de lo dispuesto por el Convenio de Berna, Brasil no se ha dotado de excepción legal alguna para fines educativos. La ley brasileña de derecho de autor no reconoce ninguna hipótesis que permita que las obras protegidas sean utilizadas de forma completa; ni siquiera hace referencia a los fines educativos.

Conclusión: la ley brasileña de derecho de autor no contiene excepciones ni limitaciones al derecho de autor para fines educativos. Es importante enfatizar que la ley anterior (de 1973), en vigencia con anterioridad a la actual Ley 9.610 de 1998, incluía una disposición de excepción educativa, que fue eliminada por la ley actual. Teniendo en consideración que esta es ciertamente una de las más importantes excepciones y limitaciones al derecho de autor, toda vez que aborda aspectos relacionados con la dignidad humana y con el nivel de desarrollo humano de un país, se sugiere que la ley de derecho de autor brasileña sea modificada para acercarla a los límites autorizados según lo previsto en los tratados internacionales, y a la Constitución Federal.

Ítem (9): Incorporación de los máximos niveles de flexibilidad permitidos para el derecho de cita.

El Artículo 10(1) del Convenio de Berna establece que “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”

Nuevamente, no existe una limitación clara en relación con la extensión de la autorización. Aun cuando esta disposición establece que la extensión de la cita debe hacerse “en la medida justificada por el fin que se persiga”, esto no significa que no pueda citarse una obra completa.

Luego, debieran hacerse algunas reflexiones al interpretar la disposición antes mencionada:

- a) la libertad para autorizar las citas de la obra de terceros debe ser interpretada de la forma más amplia posible, sin limitar la extensión de la cita;
- b) no debiera existir restricción alguna en el objetivo de la cita, toda vez que el Convenio de Berna no hace diferencia respecto de los objetivos, siempre que la cita sea hecha en conformidad con los usos honrados;
- c) no debiera existir limitación respecto del tipo de obra que puede ser citada, lo que significa que no solamente las obras literarias puedan citarse, sino cualquier otra clase de obra.

La ley brasileña de derecho de autor regula este tema en su artículo 46, III, que establece que no constituye infracción al derecho de autor la cita en libros, periódicos, revistas o cualquier otro medio de comunicación, de pasajes de cualquier obra, para fines de estudio, crítica o debate, en la medida justificada por el propósito, mencionando el nombre del autor y el origen de la obra.

Una vez más, el Congreso brasileño no ha implementado los posibles niveles de flexibilidad previstos por los tratados internacionales.

Sin considerar los ítems (a) y (b) anteriores, la ley brasileña de derecho de autor (i) limita el uso de la cita a “la medida justificada por el propósito”, y la doctrina entiende que la cita de una obra completa es ilegal, y (ii) establece que la cita debe hacerse “para fines de estudio, crítica o debate”.

La ley brasileña de derecho de autor puede ampliarse sin violar el Convenio de Berna como contraparte, y ciertamente puede hacerse más flexible como una manera de proveer acceso al conocimiento y libertad de expresión. La eliminación de las barreras

legales existentes también facilita la labor de los tribunales en la interpretación de tan vaga disposición.¹⁵

Conclusión: se recomienda la modificación del derecho de cita en la ley brasileña de derecho de autor, que restringe no solamente los límites dentro de los cuales puede hacerse una cita, sino también el uso para el cual se realiza. Tales restricciones son más severas que las disposiciones previstas en el Convenio de Berna, y por tanto pueden ser derogadas para garantizar los derechos constitucionales de libertad de expresión, derecho a la educación y acceso al conocimiento.

Ítem (10): Exclusión de la protección de derecho de autor de los textos oficiales y sus traducciones.

El artículo 2(4) del Convenio de Berna establece que “queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos”.

La ley brasileña de derecho de autor cumple parcialmente con el Convenio de Berna, al establecer en su artículo 8º, IV, que no existe protección de derecho de autor para los textos de tratados o convenciones, leyes, decretos, reglamentos, decisiones judiciales ni cualquier otro acto oficial.

No obstante, la ley brasileña de derecho de autor no hace referencia alguna a la traducción de tales documentos. Y teniendo en mente que las traducciones en general se protegen por el derecho de autor bajo el artículo 7º, XI, podría alegarse que las traducciones de estos documentos oficiales recibirían protección de derecho de autor.

Conclusión: la ley brasileña de derecho de autor debiera ser modificada con el fin de dejar en claro que, en conformidad con el Convenio de Berna, las traducciones de los textos oficiales no están protegidas por la ley de derecho de autor.

Ítem (11): Exclusión de protección de los discursos políticos y procedimientos judiciales.

El artículo 2bis(1) del Convenio de Berna establece: “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales”.

15 Cabe mencionar una decisión del Tribunal Constitucional alemán, que ha interpretado que existen intereses protegidos por la Constitución en el derecho de cita, sin necesidad de limitar la extensión de la cita. En Denis Borges BARBOSA, “Uma Introdução à Propriedade Intelectual”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 100-101.

La ley brasileña de derecho de autor cumple parcialmente con el Convenio de Berna, puesto que establece en su artículo 46, I, b, que no constituye infracción al derecho de autor la reproducción, en diarios o periódicos, de discursos pronunciados en reuniones públicas de cualquier naturaleza.

Aunque la ley brasileña de derecho de autor es más amplia que el Convenio de Berna (la ley brasileña no restringe la excepción a los discursos políticos o a los pronunciados en el contexto de los debates judiciales, sino más bien extiende la excepción a cualquier discurso pronunciado en público), podría haberse dispuesto que la excepción debiera entenderse como una autorización a la copia de un discurso en cualquier medio de comunicación, y no solamente en diarios o publicaciones periódicas. Esta estrecha interpretación no es estipulada por el Convenio de Berna y, en consecuencia, no debería haber sido implementada por la ley brasileña de derecho de autor.

Conclusión: Se recomienda la modificación de artículo 46, I, b, de la ley brasileña de derecho de autor para que la posibilidad de reproducción de discursos pronunciados, en reuniones públicas de cualquier naturaleza, no se restrinja solamente a los diarios o publicaciones periódicas.

Ítem (12): Seguridad de que la protección de las bases de datos no incluya a los datos mismos.

Debido a que Brasil es signatario del Acuerdo sobre los ADPIC, debe otorgar protección a las bases de datos, como se establece en el artículo 10(2): “las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

Es importante enfatizar que conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, como se ha expuesto, la protección debe ser otorgada a la compilación de datos, y no a los datos en sí mismos. De manera acorde, la ley brasileña de derecho de autor cumple cabalmente con el Acuerdo sobre los ADPIC, estableciendo en su artículo 7º, XIII, que son obras protegidas las colecciones o compilaciones, antologías, enciclopedias, diccionarios, bases de datos y otras obras que, por su selección, organización o disposición de su contenido, constituyan una creación intelectual. Dicha disposición es concordante con el parágrafo 2 del mismo artículo, que determina que la protección concedida por el numeral XIII no incluye a los datos o materiales en sí mismos, sin perjuicio de los derechos de autor que subsistan respecto de los datos o materiales contenidos en las obras.

Conclusión: la ley brasileña de derecho de autor cumple con el Acuerdo sobre los ADPIC y no se necesita cambio alguno.

Como puede apreciarse, existen muchas disposiciones dentro de la ley brasileña de derecho de autor que son Berna-plus y/o ADPIC-plus, es decir, que van más lejos –mucho más lejos en algunos casos– del estándar mínimo de protección de derecho de autor que estipulan los tratados internacionales a los que ha adherido Brasil. Si a esto se añade a la realidad socioeconómica de Brasil, puede entenderse claramente que existe una necesidad de establecer un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el acceso a los bienes intelectuales.

3.- FORO NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR BRASILEÑO

Considerando la situación actual anteriormente descrita sobre el régimen brasileño de derecho de autor, el cual es considerablemente restrictivo y poco amigable respecto del acceso al conocimiento, aun cuando el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC otorgan cierto espacio para la flexibilidad, el Ministerio de Cultura de Brasil inauguró a fines de 2007 su “Foro Nacional de Derecho de Autor”, que funcionará durante todo el año 2008.

El Foro mencionado está dirigido a iniciar y continuar debates sobre la situación actual en Brasil, en relación a las leyes de derechos de autor, centrándose en contribuir con las políticas públicas del Ministerio, y posiblemente en la revisión de la actual ley de derecho de autor.

El mayor desafío del Ministerio yace en escuchar a todos los interesados participantes. Al mismo tiempo, la ley de derecho de autor debiera entregar un incentivo a los creadores mediante la oferta de certeza jurídica para la inversión de productores, editores, emisores, etc., mientras el público general debiera tener amplio acceso a estos mismos bienes intelectuales.

Además, el Ministerio de Cultura de Brasil tiene por objetivo supervisar o “auditar” a las sociedades de gestión colectiva: Brasil es uno de los pocos países en el mundo donde no existe ninguna clase de supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva.

El Ministerio también desea crear, a través del Foro de Derecho de Autor recientemente inaugurado, una instancia administrativa de mediación y arbitraje en materia de derecho de autor, puesto que de otro modo todos los intereses son llevados a los tribunales, lo que incrementa los costos del sistema, sin mencionar la tardanza de las decisiones, y la debilidad de la doctrina y la jurisprudencia en materia de derecho de autor.

Como parte del Foro Nacional de Derecho de Autor de Brasil, el Ministerio de Cultura del país está organizando varios seminarios: i) seminario para presentar el Foro (el que tuvo lugar en diciembre de 2007); ii) seminario sobre sociedades de gestión colectiva, incluyendo el flujo de regalías hacia y desde Brasil; iii) seminario con académicos

micos y expertos, para discutir temas de actualidad; iv) seminario con artistas y autores, con el fin de discutir los beneficios y las dificultades de la protección de derecho de autor en Brasil, incluyendo las medidas tecnológicas de protección (MTP), excepciones y limitaciones, etc.; v) seminario con usuarios y consumidores de obras protegidas; vi) seminario sobre nuevas tecnologías y su impacto en el acceso al conocimiento, y vii) seminario internacional en conjunto con la OMPI, a fin de examinar el equilibrio entre el sistema internacional de derecho de autor y el rol de Brasil en la protección del derecho de autor.¹⁶

4.- CONCLUSIÓN

Existe la necesidad no solamente de resguardar las obras protegidas por el derecho de autor para incentivar a los autores, emisores, etc., a que produzcan e inviertan en contenidos, sino que existe también una necesidad de promover el acceso a los bienes intelectuales. Este documento pone en evidencia que la ley brasileña de derecho de autor es muy restrictiva, si se le compara con los niveles de flexibilidad previstos por el Convenio de Berna y por el Acuerdo sobre los ADPIC.

Se hacen algunas sugerencias para que Brasil pueda estar en mayor consonancia con las obligaciones sobre derechos humanos, y promover en mayor medida el acceso al conocimiento. Algunas de las sugerencias pueden ser adaptadas y/o adoptadas por otros países en desarrollo, dependiendo de si son signatarios o no del TODA y del TOIEF.

El Ministerio de Cultura de Brasil ha inaugurado el Foro Nacional de Derecho de Autor, el cual es y será esencial para la revisión de la normativa de derecho de autor en Brasil.

16 See http://www.cultura.gov.br/blogs/direito_autoral/?p=10

ANEXO

LEY Nº 9.610, DE 19 DE FEBRERO DE 1998, SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS¹⁷

TÍTULO III: DERECHOS DEL AUTOR, CAPÍTULO IV: LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

46. No constituye infracción a los derechos de autor:

I. la reproducción:

- (a) en la prensa diaria o periódica, de noticias o de artículos informativos publicados en diarios o revistas, con mención del nombre del autor, si está consignado, y la publicación de donde fueron transcritos;
- (b) en diarios o periódicos, de discursos pronunciados en reuniones públicas de cualquier naturaleza;
- (c) de retratos, u otra forma de representación de imagen, hechos por encargo, cuando la reproducción se realiza por el dueño del objeto del encargo, siempre que no haya oposición de la persona representada o de sus herederos;
- (d) de obras literarias, artísticas o científicas, para uso exclusivo de las personas con discapacidad visual, siempre que la reproducción sea hecha sin fines de lucro, mediante el sistema Braille u otro sistema en cualquier medio diseñado para tales destinatarios;

II. la reproducción en un solo ejemplar de fragmentos breves de una obra, para uso privado del copista, siempre que sea hecha por este y sin intención de lucro;

III. la cita en libros, periódicos, revistas o cualquier otro medio de comunicación, de pasajes de cualquier obra, para fines de estudio, crítica o debate, en la medida justificada por el propósito, mencionando el nombre del autor y el origen de la obra;

IV. los apuntes de lecciones dictadas en establecimientos educacionales, tomados por las personas a quienes ellas se dirigen, estando prohibida su publicación total o parcial sin previa autorización expresa de la persona que dictó las lecciones;

V. el uso de obras literarias, artísticas o científicas, fonogramas y emisiones de radio y televisión en establecimientos comerciales, solamente para fines de demostración a

17 Véase http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/br/br002en.html

la clientela, siempre que esos establecimientos comercialicen los soportes o equipos que hagan posibles tales usos;

VI. la representación teatral y la ejecución musical, cuando se realizan en el ámbito familiar o con fines exclusivamente didácticos en establecimientos educacionales, siempre que no exista intención de lucro;

VII. el uso de obras literarias, artísticas o científicas para la producción de prueba en procedimientos judiciales o administrativos;

VIII. la reproducción en cualquier obra de extractos cortos de obras preexistentes de cualquier naturaleza, o de una obra completa en el caso de las obras de artes plásticas, siempre que la reproducción en sí misma no sea el objeto principal de la obra nueva y no perjudique la explotación normal de la obra reproducida ni cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.

47. Son libres parafrasear y las parodias que no fueren verdaderas reproducciones de la obra originaria ni le signifiquen desprestigio.

48. Las obras ubicadas permanentemente en lugares públicos pueden ser representadas libremente, por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procesos audiovisuales.

MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN EL SALVADOR

Sergio Aguiñada y Claudia Ortiz¹

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD VI-
GENTE.- 3.- EXCEPCIONES PERMITIDAS.- 4.- CONSIDERACIONES FINALES.-
5.- BIBLIOGRAFÍA.-

1.- INTRODUCCIÓN

Al igual que el resto de naciones, El Salvador no ha sido ajeno a la más reciente oleada de transformaciones de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI), tanto en sus mecanismos de adquisición como de mantenimiento.

Dicha oleada ha estado marcada por la incertidumbre y el temor –real o aparente- de los posibles impactos negativos de las regulaciones impulsadas respecto de las posibilidades de desarrollo sostenible de los países en pos del mismo.

Más allá inclusive, ha dado nuevo material para una discusión más profunda respecto de uno de los pilares de las civilizaciones modernas: la propiedad privada.

1 Sergio Aguiñada. Abogado y egresado de la Maestría en Ciencias Políticas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) de El Salvador. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos para la misma Universidad. Responsable de Proyectos de Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE): Derechos de Propiedad Intelectual y Farmacéuticos, Acceso al Conocimiento, Derechos de Autor y Conexos y Acceso a Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios. sergio@funde.org

Claudia Ortiz. Estudiante de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) de El Salvador. Asistente de investigación de los proyectos de Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE): Derechos de Propiedad Intelectual y Farmacéuticos, Acceso al Conocimiento, Derechos de Autor y Conexos y Acceso a Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios. cloluniere@gmail.com

Lo anterior se ha debido tanto al contenido de las nuevas regulaciones, como a la forma en que las mismas han sido adoptadas, habiendo sido posibles dado el contexto en el que se producen: la globalización y con ella principalmente el incremento del comercio internacional.

Precisamente, la tendencia marcada ha sido, dados los resultados de la Ronda de Uruguay de 1994 (específicamente la creación de la OMC y con ella la suscripción del Acuerdo sobre los ADPIC), a la incorporación de mayor cantidad de mecanismos que garanticen la observancia de los DPI y con más efectividad y que las mismas sean parte del contenido de los tratados de libre comercio (TLC).

La lógica que ha prevalecido en consecuencia ha sido que: ante la posibilidad de un mayor comercio y producción internacional (dado el fin de la guerra fría y la mejora de las tecnologías de la información y comunicaciones) los productos y/o procedimientos del intelecto humano cobran mayor relevancia en tanto permiten obtener ganancias, debido sobre todo a la ampliación de los mercados, como a la cooptación de los mismos, siempre y cuando su explotación le sea garantizada en exclusividad. Este esquema supone, en todo caso, la necesidad de limitar lo más que se pueda –permita– el acceso a dichos productos y/o procedimientos.

Si bien a simple vista no pareciera haber problema alguno, existen ciertas consideraciones que pueden hacer que tal lógica resulte perversa, debido a los impactos negativos que su aplicación puede conllevar.

En primer lugar, cabe señalar que se parte del supuesto que todos los países se encuentran en las mismas circunstancias y por tanto cuentan con las mismas posibilidades de desarrollo.

Así mismo que dichas posibilidades no tienen relación con el sistema de DPI, sino para bien, es decir que toda norma orientada a garantizar el goce pleno de los mismos no trae sino provechos, aumentando los incentivos para mayor investigación y desarrollo (I+D) o garantizando productos de buena calidad, así como el respaldo necesario para su mejor y más completo uso.

Finalmente, se ha impuesto como único parámetro para establecer lo apropiado de las normas de propiedad intelectual (PI) establecer si las mismas garantizan su plena y libre explotación, y con ella su valor económico y comercial.

Todo ello deja por fuera realidades concretas derivadas de procesos históricos específicos que han determinado, en primer lugar, la existencia misma de la categoría de “países en desarrollo” y con ella hechos como las dificultades para el perfeccionamiento de tecnologías o la implementación de innovaciones.

Asimismo, deja por fuera hechos como el bajo poder adquisitivo de los habitantes de dichos países y su escaso nivel educativo. Sumado a ello los problemas en el acceso a medicamentos, incluso los esenciales, y a las nuevas tecnologías.

Por tanto, la discusión sobre la tendencia de los DPI se puede ver en dos planos:

- Primero, respecto del sustento filosófico de los mismos, es decir el concepto de apropiación individual y, con él, la exclusividad de su explotación o goce; y
- Segundo, respecto, dando por supuesto lo anterior, la mejor regulación relativa a la obtención y mantenimiento de derechos relativos a la producción intelectual humana, tomando en consideración los diversos intereses en juego, es decir buscando un equilibrio real entre las personas creadoras y la sociedad humana. Esto, a su vez, supone:
 - Revisar la legislación e institucionalidad internacional.
 - Adecuar la legislación e institucionalidad nacional.

Lo anterior pasa a su vez por la necesidad de dimensionar a cabalidad la actividad inventiva, creadora y descubridora, así como el aporte del conjunto de la sociedad a dicha actividad, y por el fomento incluyente de la actividad científica, inventiva e innovadora.

En ese contexto y para el caso particular de El Salvador y los Derechos de Autor y Conexos (DAC), al igual que aquellas figuras de PI relacionadas con agroquímicos y farmacéuticos, se parte del hecho que nuestro país ha adquirido nuevas obligaciones que pueden poner en riesgo las posibilidades de acceso y gestión del conocimiento. Por tanto, es necesario diagnosticar el estado actual de la legislación e institucionalidad vigente, para así determinar las opciones que en dichos campos es posible impulsar desde la perspectiva del desarrollo sostenible y el interés público.

Lo anterior, teniendo la plena conciencia que si bien es un ejercicio válido, el mismo resulta limitado, ya que el impulso más que en el ámbito nacional, se encuentra en el internacional, así como en la discusión en profundidad del tema y sus supuestos. Esto sin minimizar las posibilidades movilizadoras que normas innovadoras pueden dar a dicho contexto.

Así pues, el presente artículo es el resultado de una primera aproximación al tema, tratando de identificar cuáles son las principales preguntas a resolver a partir de las particularidades propias de nuestra realidad en función del marco jurídico e institucional.

El mismo se divide en dos partes: una relativa a la legislación e institucionalidad vigente y otra relacionada con las excepciones a los DAC que podemos ejercer, para terminar con una serie de consideraciones finales orientadas a dibujar hipótesis de trabajo futuro.

2.- LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD VIGENTE

Tanto la legislación como la institucionalidad han sufrido cambios en los últimos años, principalmente debido a la suscripción de los tratados o convenios internacionales en materia de PI o la celebración de TLC.

2.1.- Legislación vigente

Entre la legislación vigente, se distinguen los tratados o acuerdos internacionales de la legislación nacional propiamente dicha, suscritos y ratificados por El Salvador en materia de DAC. Asimismo, entre los primeros, se distingue aquellos tratados o acuerdos que son exclusivamente de propiedad intelectual, frente a aquellos que son acuerdos comerciales o relacionados al comercio, como los TLC, pero que contienen normas relativas a PI.

2.1.1.- Tratados y acuerdos internacionales

El Salvador ha suscrito gran parte de los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual vigentes a la fecha. Entre ellos se encuentran incluidos aquellos relativos a los DAC. Aunque en su mayoría estos han sido suscritos en el marco de su celebración, algunos lo han sido con posterioridad, especialmente el Convenio de Berna.

2.1.1.1.- Exclusivos de propiedad intelectual

El Salvador a la fecha ha suscrito y ratificado los siguientes tratados y convenios internacionales en materia de PI:

a) Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.²

Según información recabada, El Salvador hizo la declaración prevista en el párrafo 1 del Artículo I del Anexo de dicho Convenio.

Ahora bien, no se pudo determinar si dicha declaración fue referida a la facultad prevista en el Artículo II (referida a las limitaciones al derecho de traducción) o aquella contenida en el Artículo III (referida a las limitaciones al derecho de reproducción) de

² Convenio de Berna 1886. Posteriores revisiones y enmiendas: 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 y 1979. Este convenio fue suscrito el 18 de noviembre de 1993, ratificado el 08 de diciembre de 1993 y publicado el 07 de febrero de 1994, habiendo entrado en vigencia el 19 de febrero de 1994.

dicho Anexo, o ambas, o por el contrario la declaración fue hecha conforme al Artículo V.1 (referida a otras posibilidades de limitar el derecho de traducción).

Asimismo, no se pudo establecer si la declaración mencionada ha sido renovada.

- b) Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma 1961).³
- c) Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas (1971).⁴
- d) Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1967. Posterior enmienda 1979).⁵
- e) Tratado sobre el Derecho de Autor (1996).⁶
- f) Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).⁷

2.1.1.2.- Como parte del contenido de acuerdos comerciales o relacionados al comercio

El Salvador ha suscrito una serie de tratados comerciales o relacionados con el comercio, dentro de los cuales se han incluido normas relativas a PI, ya sea como artículos o apartados/capítulos específicos.

Si bien la serie de TLC suscritos por El Salvador con diferentes países es algo numerosa, dado que los mismos se inspiran en gran medida en lo establecido en los Acuerdos sobre los ADPIC y especialmente por el CAFTA-DR en materia de PI, en el presente documento solo se presentarán dichos instrumentos.

- a) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.⁸

3 Este convenio fue suscrito el 29 de marzo de 1979, habiendo entrado en vigencia el 29 de junio de 1979. No se tiene información sobre la fecha de ratificación y publicación del mismo.

4 Este convenio fue suscrito el 25 de octubre de 1978, habiendo entrado en vigencia el 09 de febrero de 1979. No se tiene información sobre la fecha de ratificación y publicación del mismo.

5 Este convenio fue suscrito el 18 de junio de 1979, ratificado el 13 de abril de 1978 y publicado el 16 de mayo de 1978, habiendo entrado en vigencia el 18 de septiembre de 1979.

6 Este convenio fue suscrito el 20 de octubre de 1998, ratificado el 11 de junio de 1998 y publicado el 01 de julio de 1998, habiendo entrado en vigencia el 06 de marzo de 2002.

7 Este convenio fue suscrito el 20 de octubre de 1998, ratificado el 11 de junio de 1998 y publicado el 03 de julio de 1998, habiendo entrado en vigencia el 20 de mayo de 2002.

8 Anexo 1C del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, Conocido por Acuerdo sobre

b) Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés).⁹

Este tratado contempla un capítulo dedicado exclusivamente a PI, el Capítulo 15. Dicho capítulo establece regulaciones relativas a los DAC en los artículos 15. 1, 15.5 y 15.7, principalmente.

El último artículo del capítulo, el 15.11, establece una serie de normas para garantizar la observancia de los DPI, entre ellos los DAC, como por ejemplo respecto de los procedimientos civiles y administrativos, procedimientos y recursos penales, entre otros.

Respecto de los derechos exclusivos reconocidos, retoma los establecidos en los Convenios de Berna y Roma, así como lo dispuesto por el Acuerdo sobre los ADPIC, para los autores así como para los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, esto es: de reproducción, de puesta a disposición, de comunicación y puesta a disposición al público, y radiodifusión, ya sea de obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, respectivamente.

Asimismo, establece una serie de obligaciones para los Estados firmantes:

- Obligación de las partes de dar vigencia al capítulo sobre propiedad intelectual del Tratado. [Art. 15.1.1]
- Obligación de ratificar o acceder, a la fecha de entrada en vigor del Tratado, a los siguientes instrumentos internacionales: Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (1996) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996). [Art. 15.1.2]
- Establece un parámetro mínimo de protección: Calculado sobre la base de la vida del autor (la duración de la vida del autor más 70 años después de su muerte) o calculado sobre una base distinta de la vida del autor (dos opciones: 70 años contados desde el final del año de primera publicación de la obra, interpretación, ejecución o fonograma; o si no se ha dado la publicación autorizada de la obra, interpretación, ejecución o fonograma, en un plazo de 50 años, se protegerá ésta al menos 70 años desde su creación).
- Trato Nacional. Los Estados tienen la obligación de otorgar a los nacionales de otras Partes un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios

los ADPIC o TRIPS Agreement por sus siglas en inglés, fue suscrito el 08 de febrero de 1995, ratificado el 09 de marzo de 1995, habiendo sido publicado y entrado en vigencia el 28 de marzo de 1995.

⁹ Este convenio fue suscrito el 01 de diciembre de 2004, ratificado el 17 de diciembre de 2004 y publicado el 25 de enero de 2005, habiendo entrado en vigencia el 01 de marzo de 2005.

nacionales, respecto de la protección de los DPI y el beneficio derivado de los mismos. [Art. 15.1.8]

- Obligación de garantizar que consten por escrito, se publiquen o se pongan a disposición del público y en idioma nacional, las leyes, reglamentos y procedimientos relativos a la protección u observancia de los DPI. [Art. 15.1.14]
- Obligación de cooperar a través del Comité de Creación de Capacidades relacionadas con el comercio en las siguientes actividades de creación de capacidades:
 - Proyectos de educación y difusión acerca del uso de la propiedad intelectual como instrumento de investigación e innovación, así como respecto de la observancia de los DPI.
 - Coordinación, capacitación, cursos de especialización e intercambio de información entre las oficinas de PI y otras instituciones de las Partes; y
 - Aumento del conocimiento, desarrollo e implementación de los sistemas electrónicos usados para la administración de la PI.[Art. 15.1.16].
- Evitar que haya jerarquía entre los derechos de autor y los derechos conexos.
- Obligación de aplicar el Artículo 18 del Convenio de Berna y el Artículo 14.6 del Acuerdo sobre los ADPIC. [Art. 15.5.5]
- Separar infracciones civiles/penales de las administrativas [Art. 15.5.7(c)].
- Asegurar que cualquier persona que sea titular de un derecho patrimonial pueda transferir libre e individualmente su derecho mediante un contrato y que, si es titular del derecho patrimonial en virtud de un contrato, incluso contratos de trabajo en los que se contemple que otros creen obras, podrá ejercer ese derecho en nombre de esas personas y gozar plenamente de los beneficios derivados de ese derecho [Art. 15.5.6].
- Obligación de proporcionar protección adecuada contra la evasión de medidas tecnológicas efectivas.
- Obligación de proporcionar protección a la información sobre gestión de derechos.
- Asegurar el uso de programas de computadora autorizados en la Administración Central. [Art. 15.5.9].

- Obligación de los Estados de no sujetar el goce y ejercicio de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas a ninguna formalidad [Art. 15.7.4].

Finalmente, el CAFTA-DR establece una serie de espacios en los cuales cada Estado tiene potestad de legislar respecto de las materias de PI contenidas en el Tratado. Estas son:

- Cualquiera de las partes puede implementar en su legislación nacional una protección más amplia que la requerida en el Capítulo 15, siempre que ésta no lo infrinja.
- Las partes podrán establecer limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, sólo cuando concurren las siguientes condiciones: que se establezcan para ciertos casos especiales; que no atenten contra la explotación normal de la obra; y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.
- Restricción para establecer excepciones. La posibilidad de establecer limitaciones y excepciones tiene una restricción; en cualquier caso, las Partes no podrán permitir la retransmisión de señales de televisión (ya sea terrestre, por cable o por satélite) en Internet sin la autorización del titular o titulares del derecho sobre el contenido de la señal y, de haber alguna, de la señal [Art. 15.5.10 (b)].
- Se deja como materia de legislación interna la aplicación del derecho a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva. Además, el Estado Parte podrá adoptar limitaciones a este derecho (radiodifusión tradicional gratuita) con respecto a otras transmisiones no interactivas, siempre que la limitación no perjudique el derecho del artista, intérprete o ejecutante o productor de fonogramas de obtener una remuneración equitativa [Art. 15.7.3(b)(c)]
- Excepciones a la obligación de dar protección adecuada contra la evasión de medidas tecnológicas efectivas.
- Excepciones a la obligación de dar protección a la información sobre gestión de derechos.

c) Acuerdo de Asociación Unión Europea (UE) y Centroamérica (CA)

Si bien este es un acuerdo que está en proceso de negociación, vale la pena mencionar que desde ya se prevé que el mismo contenga un apartado dedicado a PI, en el cual se prevén exigencias de la UE relativas especialmente a indicaciones geográficas (reconocimiento de listas, derecho preferente y registro y observancia regional, entre

otros), obtención de nuevas variedades vegetales (Convenio UPOV o norma interna armonizada) y farmacéuticos.

2.1.2.- Legislación nacional

La legislación en materia de PI en El Salvador es de reciente data. Con excepción de una ley que data de 1950 y la Constitución de la República de 1983, el resto de normas nacionales propiamente dichas fueron aprobadas en la década de los 90.

a) Ley de Propiedad Intelectual.¹⁰

Esta ley se constituye en el principal cuerpo legal relativo a los DPI. En él se contienen las normas para la obtención y mantenimiento de este tipo de derechos. La ley se divide en dos grandes áreas: una relativa a la “propiedad artística y literaria” y otra a la “propiedad industrial”. En la primera se encuentran regulados los DAC.

La regulación relativa a DAC es la más extensa, cubriendo 104 artículos de 190, es decir un 55% del total de artículos. Tomando en cuenta que de los 86 artículos restantes 5 corresponden a la protección de información no divulgada y 9 a las disposiciones finales, para el área de propiedad industrial restan 72 artículos.

Si bien la cantidad no es necesariamente la única medida para establecer si una rama específica está ampliamente regulada, al contrastarla con los capítulos y secciones contenidas en el título correspondiente (Propiedad Artística y Literaria) podemos percibir que efectivamente los DAC constituyen, dentro de los DPI, la rama más regulada, constituyendo a su vez uno de los sistemas de protección más avanzados en propiedad intelectual. Con ello, se desvirtúa en parte la afirmación recurrente que la actual legislación no brinda un nivel de protección satisfactorio.

Nuestra legislación ha recogido a la fecha prácticamente la totalidad de los mecanismos de PI desarrollados en la última oleada de cambios respecto tanto de la obtención como el mantenimiento de DAC.

b) Reglamento de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual (ahora Ley de Propiedad Intelectual).¹¹

10 Esta Ley fue aprobada mediante Decreto Legislativo No. 604 del 15 de julio de 1993, publicado el 16 de agosto de 1993, habiendo entrado en vigencia el 15 de octubre de 1993. Ha sido reformada en dos ocasiones, una mediante Decreto Legislativo No. 912 del 14 de diciembre de 2005 y otra mediante Decreto Legislativo No. 985 del 17 de marzo de 2006.

11 Este Reglamento fue emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 35 del 28 de septiembre de 1994, publicado el 14 de octubre de 1994, habiendo entrado en vigencia el 22 de octubre de 1994.

c) Ley del Libro.¹²

d) Ley de Imprenta.¹³

e) Código Penal.¹⁴

Este Código fue reformado el 14 de diciembre de 2005 mediante Decreto legislativo No. 914 con el fin de adecuarlo al nuevo marco jurídico de propiedad intelectual. Las reformas fueron las siguientes:

- Aumento de la pena del delito de Violación Agravada de los Derechos de Autor y Conexos. Antes de la reforma la pena era prisión de 3 a 5 años y luego de la reforma se aumentó de 4 a 6 años.
- Consistieron en la introducción de nuevos delitos relativos a la violación de medidas tecnológicas efectivas (Art. 227-A) e información sobre gestión de derechos (Art. 227-B).

f) Código Procesal Penal.¹⁵

Este Código fue reformado el 14 de diciembre de 2005 mediante Decreto legislativo No. 915 con el fin de adecuarlo al nuevo marco jurídico de propiedad Intelectual. Las reformas fueron las siguientes:

- Los delitos relativos a la Propiedad Intelectual pasan a ser delitos de acción pública (Art. 26). Antes de la reforma eran delitos de acción pública previa instancia particular.
- En cuanto al secuestro de los objetos relacionados con el delito, incorpora la disposición que obliga al juez a aplicar medidas como incautación de los objetos, aun sin ser identificados individualmente, siempre que entren en las categorías generales especificadas en la orden de incautación; decomiso de activos relacionados con la actividad infractora, decomiso y destrucción de la mercancía infractora, así como de los implementos utilizados en la creación de ésta. (Art. 184-A)

12 Esta Ley fue aprobada mediante Decreto Legislativo No. 808 del 16 de febrero de 1994, publicada el 17 de marzo de 1994, habiendo entrado en vigencia el 25 de marzo de 1994.

13 Esta Ley fue aprobada mediante Decreto Legislativo No. 12 del 06 de octubre de 1950, publicada el 09 de octubre de 1950, y habiendo entrado en vigencia el 17 de octubre de 1950.

14 Este Código fue aprobado mediante Decreto Legislativo No.1030 del 26 de abril de 1997, publicado el 06 de octubre de 1997, habiendo entrado en vigencia el 20 de abril de 1998.

15 Este Código fue aprobado mediante Decreto Legislativo No. 904 del 04 de diciembre de 1996, publicado el 20 de enero de 1997, habiendo entrado en vigencia el 20 de abril de 1998.

- g) Decreto de Creación del Centro Nacional de Registros (CNR) y su Régimen Administrativo.¹⁶
- h) Autonomía Administrativa y Financiera del Centro Nacional de Registros (CNR); Decreto Legislativo No. 462.¹⁷
- i) Acuerdo de Separación de la Dirección de Comercio y la Dirección de Propiedad Intelectual; Acuerdo 21-CNR/2002.¹⁸

Cabe señalar que existen algunas normas contenidas tanto en la Ley del Libro como en la Ley de Imprenta que pretenden favorecer el desarrollo de ciertas actividades, entre ellas encontramos especialmente las relativas a las cargas impositivas y arancelarias, así como de beneficios financieros con relación a libros y otros materiales. (Ver Cuadro 1).

Estas normas son un avance, en cuanto al impulso de una regulación que promueva el desarrollo de la actividad educativa, artística y cultura, pero son limitadas en cuanto a otros factores presentes en el mercado local, que determinan el acceso a materiales así como su producción por nacionales.

Cuadro 1

Normas de fomento contenidas en la ley del Libro y la Ley de Imprenta

Temas	Disposiciones
Política Nacional del Libro y la Lectura.	Entre otros tiene como objetivos [Art. 1 Ley del Libro]: <ul style="list-style-type: none"> - Proteger los derechos intelectuales de los autores, fomentar la edición de obras de autores salvadoreños para que la producción editorial nacional se apoye preferentemente en autores salvadoreños; - Incrementar la producción editorial para satisfacer los requerimientos culturales y educativos del país en condiciones adecuadas de calidad, cantidad, precio y variedad; - La adopción de un régimen crediticio y tributario preferencial para los actores del proceso editorial; y - La estimulación de la libre circulación del libro dentro y fuera del país por medio de tarifas postales preferenciales y de transporte así como el establecimiento de procedimientos administrativos expeditos.

16 Decreto Ejecutivo No. 62 emitido el 05 de diciembre de 1994, publicado el 07 de diciembre de 1994, habiendo entrado en vigencia el 15 de diciembre de 1994.

17 Decreto Legislativo No. 462 aprobado el 05 de octubre de 1995, publicado el 10 de octubre de 1995, habiendo entrado en vigencia el 18 de octubre de 1995.

18 Emitido el 04 de julio de 2002 por el Consejo Directivo del Centro Nacional de Registro.

Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador.

Beneficios Financieros	Facilitación apertura de líneas de crédito con la Banca del país en condiciones preferenciales de cuantía, garantías, intereses y plazos. [Art. 5 Ley del Libro].
Exoneraciones	<p>Exoneración de todo tipo de impuestos (incluso el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios) que afecten la importación o internación y la venta de libros para las empresas editoriales que se dediquen exclusivamente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La impresión, edición o publicación de libros o revistas de carácter científico cultural; - La importación de originales de fotografías, libros, películas, grabados y otros elementos reproducibles, materias primas, maquinaria y equipo para la impresión de los mismos. [Art. 6 Ley del Libro]
	<p>Exoneración del Impuesto sobre la Renta para:</p> <p>Los derechos que perciban los autores, ilustradores, traductores salvadoreños o domiciliados en el país, por concepto de libros editados e impresos en El Salvador o en el extranjero. [Art. 7 Ley del Libro]</p>
	<p>Gozan de tarifa postal preferencial o reducida al menos en un 50% los libros impresos editados en El Salvador, de acuerdo con la Legislación Nacional y con los convenios postales internacionales.</p> <p>Los libros impresos editados en El Salvador circularán libremente [Art. 8 Ley del Libro].</p>
	<ul style="list-style-type: none"> - Las imprentas están libres de todo impuesto y caución. - La importación e internación de periódicos, revistas, folletos, libros, manuales, hojas sueltas, de carácter divulgativo o intelectual, o en general vinculados a la libre difusión del pensamiento, no están sujetos a ningún tipo de derecho o caución. - Se derogó la parte del artículo relativa a exenciones de derechos arancelarios de importación por el Decreto Legislativo N° 45, del 30 de junio de 1994, publicado en el D.O. N° 148, Tomo 324, del 15 de agosto de 1994. [Art. 8 Ley de Imprenta]
	<p>No gozan de los beneficios legales los libros que (no) cumplan con los requisitos de la Ley del Libro, que los cumplan de manera incompleta o inexacta o que sean impresos, editados o reproducidos sin autorización. [Art. 17 Ley del Libro]:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sanción por uso indebido de los beneficios y estímulos crediticios y fiscales: suspensión del beneficio y multa hasta el monto de lo que se debió pagar por el impuesto. [Art. 18 Ley del Libro]

Fuente: Elaboración propia con base en lo dispuesto por la Ley del Libro y la Ley de imprenta.

2.2.- Institucionalidad vigente

En lo que corresponde a la institucionalidad, está a la fecha resulta bastante prolija y especializada. Derivada tanto de los convenios y tratados internacionales como de la legislación nacional, esta impone una fuerte carga a la burocracia estatal. Exigiendo no solo recursos sino capacidad técnica, así como presencia en los foros internacionales y permanente actualización en la materia.

Esto desde un país con escasos recursos y sobre todo, sin una clara apuesta al desarrollo científico y tecnológico, así como a la innovación, resulta particularmente difícil de acometer, creándose vacíos tanto en la aplicación de las normas como en los procesos de negociación de acuerdos o tratados que contengan apartados relativos a PI.

Así, por una parte, los sistemas de PI cuentan con pocos recursos de cualquier tipo (humanos, financieros, técnicos y de infraestructura) necesarios para cumplir con las obligaciones asumidas. Ejemplo claro es la normativa sobre obtenciones vegetales, la cual ya ha cobrado víctimas en cuanto a otorgamiento de patentes en este campo, como referente a los medios de prueba y verificación, especialmente el depósito de los materiales de reproducción o microorganismos.

Por otra parte, los equipos negociadores no cuentan con la capacidad técnica ni la directriz política necesaria que les permita proponer frente a la otra parte sus pretensiones respecto de PI desde los intereses propios del país.

2.2.1 Derivada de tratados o convenios internacionales

Dado que cada convenio crea su propia institucionalidad en la mayoría de los mismos solo se listan puesto que su funcionamiento es de general conocimiento. Solo nos detendremos para efectos del presente trabajo en la institucionalidad creada por el CAFTA-DR.

- a) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Asamblea General, Conferencia de las Partes, Comité coordinador, Oficina Internacional y Dirección general.
- b) Unión de Berna: Asamblea General, Comité Ejecutivo y Oficina Internacional.
- c) Comité Intergubernamental de la Convención de Roma.
- d) Tratado sobre Derecho de Autor: Asamblea y Oficina Internacional.

Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador.

- e) Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas: Asamblea y Oficina Internacional.
- f) Organización Mundial del Comercio: Conferencia Ministerial, Consejo General y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- g) Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana:
 - a. Comisión de Libre Comercio:

Las Partes del CAFTA-DR acordaron crear una Comisión, integrada por los representantes de cada Parte a nivel Ministerial, que cuenta entre sus funciones la de supervisar la ejecución y desarrollo del Tratado (incluido lo relacionado con PI); así como supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos, entre ellos, el Comité para la Creación de Capacidades [Art. 19.1 CAFTA-DR].

- b. Comité para la Creación de Capacidades relacionadas con el Comercio [Art. 19.4, 15.1.16 CAFTA]:

Las Partes del CAFTA-DR acordaron constituir un Comité para la Creación de Capacidades Relacionadas con el Comercio conformado por representantes de cada Parte. Dicho Comité recibe las estrategias nacionales sobre creación de capacidades relacionadas con el comercio de las Partes, quienes están obligadas a brindarlas.

Tiene las siguientes obligaciones:

- Buscar la priorización de los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio a nivel nacional y/o regional.
- Invitar a instituciones donantes internacionales, entidades del sector privado y organizaciones no gubernamentales para brindar asistencia en el desarrollo e implementación de los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio que sean acordes con las prioridades establecidas en cada estrategia nacional de creación de capacidades.
- Trabajar con otros comités y grupos de trabajo establecidos en CAFTA-DR, inclusive en sesiones conjuntas, para el apoyo al desarrollo e implementación de los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio que sean acordes con las prioridades establecidas en cada estrategia nacional.

- Monitorear y evaluar el progreso en la implementación de los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio.
- Brindar un informe anual a la Comisión describiendo las actividades del Comité, a menos que el Comité decida otra cosa.

Asimismo, el Comité establece los términos de referencia de su funcionamiento, pudiendo constituir grupos de trabajo ad hoc, los cuales podrán estar conformados por representantes gubernamentales o no gubernamentales, o por ambos. Las decisiones del Comité deben ser tomadas en consenso.

En materia de PI las Partes contratantes tienen la obligación de cooperar, a través del Comité, en las siguientes actividades:

- Proyectos de educación y difusión acerca del uso de la propiedad intelectual como instrumento de investigación e innovación, así como respecto de la observancia de los derechos de propiedad intelectual.
- La adecuada coordinación, capacitación, cursos de especialización, e intercambio de información entre las oficinas de propiedad intelectual y otras instituciones de las Partes.
- Aumento del conocimiento, desarrollo e implementación de los sistemas electrónicos usados para la administración de la propiedad intelectual.

2.2.2.- Derivada de la legislación nacional

La institución directamente responsable de la obtención y administración de los DAC es el Centro Nacional de Registros (CNR). Este cumple tal función a través de la Dirección de Propiedad Intelectual, la cual está organizada en función de las dos categorías principales de DPI: los DAC y lo que corresponde a la Propiedad Industrial.

A su vez, dentro de la Dirección de Propiedad Intelectual se encuentra el Registro de Propiedad Intelectual, la cual de cara a los DAC tiene la responsabilidad de hacer los trámites relativos a:

- Depósito de Obras. Las solicitudes de depósito de las obras protegidas; de las producciones fonográficas, de las interpretaciones o ejecuciones artísticas y de las producciones radiofónicas que estén fijadas en un soporte material.
- Registro de Actos. El registro de los actos o contratos, por medio de los cuales se traspasen, cedan o concedan licencias sobre los derechos reconocidos en la presente ley.

Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador.

Además debe cumplir las siguientes funciones:

- Supervisar a las personas naturales o jurídicas que utilicen las obras, Interpretaciones y producciones protegidas.
- Dar aviso a la Fiscalía General de la República, a fin de que inicie las investigaciones y acciones correspondientes, si en el desarrollo de la supervisión se verificare que se han infringido los derechos de propiedad intelectual.
- Arbitrar a solicitud de los interesados, en los conflictos entre titulares de derechos; entidades de gestión colectiva; entre éstas y sus socios o representados y entre las entidades de gestión o titulares de derechos y los usuarios de las obras, interpretaciones o producciones protegidas en este título.
- Llevar el centro de información relativo a las obras, interpretaciones y producciones nacionales y extranjeras depositadas en el Registro y de los actos y contratos sobre derechos de autor y derechos conexos inscritos.
- Publicar periódicamente el boletín de los derechos de autor y derechos conexos.
- Fomentar la difusión y el conocimiento sobre la protección de los derechos intelectuales y servir de órgano de información y cooperación con los organismos internacionales especializados, y con Oficinas de la Propiedad Intelectual de otros países.
- Supervisar el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva.

3.- EXCEPCIONES PERMITIDAS

Con base en la Ley de Propiedad Intelectual, a continuación se presentan las excepciones permitidas en materia de DAC.

a) Comunicaciones Lícitas

No requieren autorización del autor ni pago de remuneración las siguientes comunicaciones [Art. 44 Ley de PI]:

- Las realizadas en un círculo familiar siempre que no exista un interés lucrativo, directo o indirecto, o las realizadas por solistas o grupos musicales en reuniones familiares, sin fines de lucro.
- Las efectuadas con fines de utilidad general durante actos oficiales, ceremonias religiosas y benéficas, siempre que el acceso al público sea gratuito y

ninguno de los participantes reciba una remuneración por su intervención. En el caso que sí se reciba remuneración, deberá destinarse exclusivamente a fines de utilidad general.

- Las verificadas con fines exclusivamente didácticos, en actividades de enseñanza personalizada dentro de instituciones acreditadas y sin fines de lucro, en un aula o un lugar dedicado a la enseñanza.
- Las que se efectúen para personas incapacitadas, siempre que puedan asistir a la comunicación en forma gratuita y ninguno de los participantes en el acto reciba una retribución por su intervención.
- Las que se realicen dentro de establecimientos de comercio, con el único fin de hacer una demostración a la clientela para la venta de los soportes sonoros o audiovisuales que contienen las obras.
- Las realizadas como indispensables para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.
- Los discursos, entrevistas o declaraciones, realizados por miembros de los partidos políticos debidamente legalizados.
- Las realizadas por solistas o grupos musicales en reuniones públicas con fines benéficos, siempre que la entrada sea gratuita.

b) Radiodifusión y la comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones no fijadas

El derecho de los Artistas, Intérpretes y Ejecutantes de autorizar o prohibir la Radiodifusión y la comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones no fijadas no aplica para ejecuciones radiodifundidas, ni cuando éstas se efectúen a partir de una fijación realizada con su consentimiento, publicada con fines comerciales. [Art. 81(e) Ley de PI]

c) El Derecho de Organismos de Radiodifusión de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones hechas sin su consentimiento

El Derecho de Organismos de Radiodifusión de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones hechas sin su consentimiento no se aplica en los casos siguientes [Art. 85(c) Ley de PI]:

- Cuando se trate de una utilización para uso privado;

Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador.

- Cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
- Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; y
- Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación.

d) Licencias Obligatorias

Las licencias obligatorias de traducción y reproducción contempladas en los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, serán otorgadas por el Juez competente previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en dichos instrumentos [Art. 77 Ley de PI].

e) Obras divulgadas lícitamente

Con respecto a estas obras, se permite sin autorización del autor ni remuneración, las siguientes actividades [Art. 45 Ley de PI]:

- La reproducción de una copia de la obra:
 - Para el uso personal y exclusivo del propio interesado,
 - Realizada con sus propios medios,
 - Siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra, ni se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; [Art. 45(a)]
- Las reproducciones fotomecánicas (como fotocopias y microfilm):
 - Para el exclusivo uso personal,
 - Siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o a obras agotadas.

Se equipara a la reproducción ilícita toda utilización de las piezas reproducidas por cualquier medio o procedimiento, para un uso distinto del personal, que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra.

- La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas de artículos, breves extractos u obras breves lícitamente publicadas:

- Siempre que no haya fines de lucro,
- En la medida justificada por el objetivo perseguido,
- A condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados.
- La reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos que no tengan fines de lucro:
 - Cuando el ejemplar se encuentra en su colección permanente, para preservarlo y sustituirlo en caso de necesidad, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo o condiciones razonables.
 - Para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo o condiciones razonables.
- La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.
- La reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en lugares públicos:
 - Hecha por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original.
- Respecto de los edificios, esta excepción sólo aplica para la fachada exterior.
- La reproducción de una sola copia del programa de ordenador, exclusivamente con fines de resguardo o seguridad.
- La introducción del programa de ordenador en la memoria interna del equipo, sólo para ser utilizado por el usuario.

f) Citas

Se permite realizar citas, sin autorización del autor ni pago de remuneración, con las siguientes condiciones [Art. 46 Ley de PI]:

- Que procedan de una obra lícitamente publicada.
- Realizarlas en forma breve.

Marco legal e institucional de los Derechos de Autor y Conexos en El Salvador.

- Que se indique el nombre del autor y la fuente.
- Que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

g) Reproducción de Fragmentos en publicaciones académicas o en traducciones

Se podrá realizar la reproducción de breves fragmentos de obras literarias, científicas o artísticas, en publicaciones o crestomatías o con fines didácticos, científicos de crítica literaria o de investigación, o publicarse breves fragmentos en traducciones; bajo las siguientes condiciones [Art. 49-C Ley de PI]:

- Que se indique de manera inconfundible, la fuente de donde proceden.
- Que los textos reproducidos no sean alterados.
- Que tal reproducción no atente contra la explotación normal de la obra, ni cause perjuicio a los intereses legítimos del autor.

h) Grabaciones Efímeras

Los organismos de radiodifusión, pueden realizar grabaciones efímeras de una obra que tengan el derecho de radiodifundir, sin necesidad de la autorización del autor ni pago de una remuneración especial con las siguientes condiciones [Art. 48 Ley de PI]:

- Que la lleven a cabo con sus propios equipos.
- Con el objeto de utilizarlas en sus propias emisiones de radiodifusión.
- Que se destruya la grabación luego de tres meses de su realización a menos que se haya convenido con el autor un plazo mayor, pero la grabación podrá conservarse en archivos oficiales cuando tengan un carácter documental excepcional.

i) Adaptaciones de Programas de Ordenador

No se considera como modificación de la obra, la adaptación de un programa de ordenador realizada por el propio usuario y para su utilización exclusiva [Art. 49 Ley de PI].

j) Cartas de Interés Público

Se pueden publicar las cartas de interés público siempre que [Art.49-D Ley de PI]:

- No dañen el honor o intereses del remitente o del destinatario, y
- No se contraríen las limitaciones al derecho a la libre expresión (Art. 6 Constitución). El provecho económico de la publicación corresponderá al autor o a sus causahabientes.

k) Textos y documentos Oficiales

Se podrán publicar o disponer en una colección por los particulares y sin necesidad de autorización del Gobierno las normas jurídicas emanadas de los órganos correspondientes del Gobierno de la República, pero luego de haber sido publicados por éste.

También se podrán insertar, sin autorización, en los periódicos y en obras en que por su naturaleza u objeto convenga citarlas, comentarlas, criticarlas o copiarlas textualmente [Art. 49-A Ley de PI].

Se podrán publicar también las sentencias judiciales, salvo disposición legal en contrario, si su contenido no afecta la moral o las buenas costumbres.

Los escritos presentados por las partes en cualquier causa, serán propiedad de las mismas y podrán publicarlos sin más limitaciones que las establecidas al derecho de libre expresión -Artículo 6 Constitución- [Art. 49-B Ley de PI].

4.- CONSIDERACIONES FINALES

El Salvador ha incorporado en su legislación interna las últimas tendencias en la regulación de PI en materia de DAC. Con ello, sin duda alguna en el ámbito nacional, se brinda amplia protección a los mismos, constituyéndose en el área principal de regulación de la Ley de Propiedad Intelectual.

Asimismo, la legislación nacional, especialmente la ley de propiedad Intelectual, incorpora una serie de excepciones a los DAC que pueden ejercerse siempre y cuando se cumplan los presupuestos y las condiciones previstas para cada caso.

Esto ha respondido a la lógica imperante de garantizar el máximo aprovechamiento económico de los productos y/o procedimientos del intelecto humano con base en su explotación exclusiva.

Si bien lo anterior puede encontrar justificación en el marco de las relaciones comerciales, resulta ajeno a las consideraciones propias de los derechos humanos y con ello el interés público y el desarrollo sostenible.

Desde este último punto de vista, la regulación sobre PI, especialmente DAC, genera conflictos de cara al cumplimiento de los derechos a la educación, la cultura y el acceso y gestión del conocimiento.

Es por ello que se hace necesario profundizar en el estudio de las regulaciones de PI con el fin de garantizar los derechos humanos, procurando fórmulas que respondan a problemas endémicos de las sociedades de los países pobres que impiden su tránsito al desarrollo.

Se trata por una parte de encontrar mecanismos que minimicen los posibles efectos negativos de las regulaciones de PI, especialmente sobre DAC, pero que también permitan proponer una agenda diferente centrada en los derechos humanos, procurando un equilibrio justo entre la persona que inventa, crea o descubre algo y la sociedad en que se asienta y de la que proviene.

Se trata en definitiva de evitar la desnaturalización del proceso de desarrollo humano, el cual no se asienta tanto en la remuneración económica, como en la acumulación de conocimiento, y esta, en consecuencia, en el libre tránsito de ideas y creaciones.

5.- BIBLIOGRAFÍA

Jacqueline ABARZA y Jorge KATZ, “Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC”, en Serie Desarrollo Productivo, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Red de Reestructuración y Competitividad, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, 2002.

Magali ALEGRÍA (ed.), “Los Derechos de Propiedad Intelectual y el libre comercio”, Alianza chilena por un comercio justo y responsable, ACJR, Santiago, 2005.

Christopher BELLMAN, Graham DUTFIELD y Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ, “Trading in knowledge. Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability”, ICTSD, 2003.

Jorge CABRERA-MEDAGLIA, “Integrando el CAFTA con el desarrollo sostenible: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre la UPOV y las obligaciones contenidas en tratados ambientales multilaterales”, Mimeo, FUNDE, 2005.

Goddard LÓPEZ y John GABRIEL, “El Éxito del Tequila: Cambio Jurídico y Estrategia Comercial”, CONACYT, 1998.

ICTSD Policy Discussion Paper, “Intellectual Property Rights: Implications for Development”, UNCTAD-ICTSD, 2003.

Jorge LARSON, “Indicaciones Geográficas y usos sustentables de recursos biológicos”, UNCTAD-ICTSD, 2006.

Pedro ROFFE y Maximiliano SANTA CRUZ, “Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados”, en Serie Comercio Internacional, División de Comercio Internacional e Integración, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, 2006.

Vandana SHIVA, “El Saqueo del conocimiento. Propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible”, Intermon Oxfam, 2003.

UNCTAD-ICTSD, “Resource Book on TRIPS and Development”, Cambridge University Press, 2005.

UNA APROXIMACIÓN AL VÍNCULO ENTRE EL ACCESO AL CONOCIMIENTO Y LOS DERECHOS DE AUTOR, DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Gerson Elí Martínez y Georgina Handal¹

“...un tema clave para los países en desarrollo es si los beneficios que se derivarán de los incentivos proporcionados por los derechos de autor superan en importancia el aumento de costos provocado por las restricciones de uso que imponen estos derechos”.²

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LOS LIBROS DE TEXTO.- 3.- EL SOFTWARE.- 4.- VALORACIONES FINALES.- ANEXOS.

1.- INTRODUCCIÓN

Uno de los principales retos que El Salvador enfrenta, es la superación de las brechas de desarrollo a nivel interno. Estas desigualdades se evidencian en la existencia de un amplio segmento de la población en condiciones de pobreza (47,5% en 2004).³ En

1 Gerson Elí Martínez. Economista por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) de El Salvador. Investigador para proyectos Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE): Derechos de Propiedad Intelectual Agroquímicos y Farmacéuticos, Acceso al Conocimiento, Derechos de Autor y Conexos. gmt@funde.org

Georgina Handal. Estudiante de Economía de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) de El Salvador. Asistente de investigación de los proyectos de Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE): Derechos de Propiedad Intelectual y Farmacéuticos, Acceso al Conocimiento, Derechos de Autor y Conexos. geo.handal@gmail.com

2 Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, “Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo”, Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Londres, septiembre de 2002, pp. 22 y 23.

3 CEPAL, “Indicadores Sociales Básicos de la Subregión norte de América Latina y el Caribe. Edición 2006-2007”, Diciembre de 2007, p. 42.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

dicha coyuntura, el conocimiento es considerado un factor indispensable en el marco de las estrategias de desarrollo de cualquier sociedad, especialmente en el contexto actual de una economía global del conocimiento. Pese a ello, en el país persisten profundas disparidades en el acceso a la educación y a nuevas tecnologías de información y comunicaciones (TIC).

Al respecto, según cifras del Ministerio de Educación de El Salvador, el gasto en ciencia y tecnología en 1998 ascendió a un poco más de US\$99 millones, cifra que representó el 0,83% del Producto Interno Bruto en ese mismo año.

Pese a que en la sociedad salvadoreña el acceso a Internet es un privilegio reservado para pocos (en la actualidad solamente un 5,5% de la población tiene acceso a Internet), se constituye en una herramienta que agiliza la apropiación de conocimiento, la investigación y el desarrollo científico. Lo anterior se evidencia en que el 62,7% del uso de Internet en El Salvador se dedica a actividades relacionadas a la educación y la investigación.⁴

El presente documento constituye un esfuerzo inicial en la exploración de los vínculos existentes entre las normas de protección de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados a Derechos de Autor y el acceso al conocimiento, desde una perspectiva económica, en El Salvador.

Para ello, se analizan algunas de las características actuales en El Salvador en dos productos de la industria basada en los derechos de autor: los libros de texto universitario y software. Esto en función a aproximarse a la determinación de las limitantes actuales al acceso de los mismos y su posible relación con la aplicación de mecanismos que endurezcan la protección de los Derechos de Autor y conexos.

2.- LOS LIBROS DE TEXTO

Uno de los principales instrumentos para acceder al conocimiento especializado y de avanzada en los diversos ámbitos educativos son los materiales escritos. En El Salvador, estos son fundamentalmente provistos por agentes externos en otros países, a través de la importación y su posterior distribución en el medio local. En general los países centroamericanos se caracterizan por ser importadores netos de material protegido por derechos de autor.

Las limitantes al conocimiento a través de libros de textos universitarios se analiza desde dos perspectivas: su acceso y disponibilidad. Por una parte, el acceso a dichos bienes podría enfrentar una barrera económica en cuanto a su adquisición, específica-

⁴ Ministerio de Economía de El Salvador, "Resultado del uso de la TIC según las Encuestas de Hogares 2005 y 2006. Experiencia en El Salvador", Dirección General de Estadísticas y Censos, Panamá, noviembre 2006.

mente al existir precios restrictivos en relación a la capacidad adquisitiva de la población. Por otra parte, la no disponibilidad física de libros de texto, podría constituirse como otra limitante al desarrollo de conocimiento científico y técnico, especializado y actualizado.

Al respecto, la magnitud del efecto generado por la implementación de normas referentes a la protección de Derechos de Autor dependerá en buena medida de la configuración existente en el mercado de los productos sujetos a dicha protección, lo cual podría generar o potenciar restricciones al acceso de estos bienes.

En teoría se esperaría que la protección de creaciones literarias por medio de Derechos de Autor (DA) creara un estímulo a las industrias nacionales, específicamente al sector editorial. Sin embargo, las posibles restricciones a la competencia que podría generar la implementación de normas más estrictas sobre la protección de DA, podrían generar un efecto contrario al planteado, de no existir otras condiciones para el desarrollo de dicha industria.

“... hay países en desarrollo que durante décadas han proporcionado protección de los derechos de autor en su calidad de miembros del Convenio de Berna (tales como Benín o Chad, que se sumaron al Convenio en 1971), sin haber experimentado un crecimiento significativo de sus industrias nacionales basadas en estos derechos o un incremento de la cantidad de obras protegidas creadas en su país”⁵

Actualmente las barreras al acceso (precios y disponibilidad a material de aprendizaje) crean una demanda no satisfecha en el mercado formal. Por una parte, los altos precios de títulos bibliográficos especializados limitan el acceso económico a los mismos. Por otra parte, la no disponibilidad física de libros de texto en el mercado privado (librerías o distribuidoras) responde fundamentalmente a la búsqueda de beneficios, en donde no es financieramente factible para los oferentes en el país importar textos con poca demanda, ello aunado a la casi inexistente producción local.

En este sentido, las librerías y bibliotecas universitarias juegan un papel crucial en la provisión de dicho material educativo, desde el punto de vista del precio y su disponibilidad. Estando éstas dirigidas a satisfacer una demanda específica, circunscrita a la población estudiantil institucional.

Aun así, el costo de oportunidad de adquirir textos universitarios es mayor al de la reproducción de los mismos por canales informales. Como respuesta de los agentes económicos a una demanda insatisfecha, surge la reproducción bibliográfica por medio de las “fotocopiadoras”. Dicha práctica se ha generalizado en las instituciones universi-

5 Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Op. Cit., p. 127.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

tarias, a tal grado que aun dentro de sus bibliotecas existe la opción de fotocopiar libros de texto.

El efecto económico derivado de la aplicación de normas más estrictas sobre protección a Derechos de Autor, recaería sobre una débil industria nacional, basada fundamentalmente en la importación de literatura extranjera. Ello a su vez, podría limitar el potencial surgimiento de una industria basada en la generación de conocimiento local.

Así mismo, los usuarios de la información contenida en los libros de texto, podrían ver afectada su capacidad de acceso, en la medida que algunas características presentes en el mercado sean potenciadas por mayores restricciones tanto a la competencia como al acceso a dichos bienes por vías no formales.

2.1.- Estructura del mercado de libros de texto en El Salvador

La cadena de comercialización de libros de texto está compuesta por importadores, editoriales, distribuidores y detallistas (librerías). Dado que la producción editorial en el país es escasa, la oferta de libros a nivel local es provista fundamentalmente por otros países. Al respecto, un estudio publicado por la Embajada de España en El Salvador, afirma que la producción nacional de libros representa entre 5 y 10% del total de las ventas en el país. La escasa producción nacional de libros para universidades es hecha por UCA editores y publicaciones de autores independientes.⁶

A raíz de ello, el eslabón con mayor peso en la cadena de comercialización de libros en el mercado salvadoreño es el de importadores. Cabe mencionar que las grandes librerías, en la mayoría de los casos, importan directamente los libros de las casas editoriales en su país de origen.

2.2- Cargas arancelarias y fiscales

Según la Ley de Libros e Imprenta en sus artículos 6 y 8: Las empresas editoriales e imprentas están exoneradas del pago de impuestos al consumo (impuesto al valor agregado -IVA-), que afecten la importación o internación así como la venta de libros.

⁶ Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en San Salvador, "El Sector Editorial en El Salvador", San Salvador, mayo de 2005, p. 7.

Cuadro 1

Clasificación arancelaria objeto de análisis

Capítulo 49: PRODUCTOS EDITORIALES DE LA PRENSA Y DE LAS DEMÁS INDUSTRIAS GRÁFICAS; TEXTOS MANUSCRITOS O MECANOGRAFIADOS Y PLANOS
Partida 4901: Libros, folletos e impresos similares, incluso en hojas sueltas
Subpartida 490110: En hojas sueltas, incluso plegadas
Subpartida 490191: Diccionarios y enciclopedias, incluso en fascículos
Subpartida 490199: Los demás

Fuente: SIECA 2008. Según SAC 4ª enmienda.

Así mismo, en la actualidad, los libros importados dentro de la partida 4901 del Sistema Arancelario Centroamericano (SAC) están gravados con una tasa arancelaria de 0% en el país.

2.3.- Comercio exterior de libros de texto

Como se observa en el Gráfico 1, desde la segunda mitad de la década pasada, El Salvador se constituye como un importador neto de libros. Entre los años 1994 y 2006 las importaciones clasificadas dentro de la partida arancelaria 4901 del Sistema Arancelario Centroamericano (SAC) presentaron un crecimiento promedio de 13%. Así mismo, el monto erogado en concepto de importaciones dentro de dicha partida se multiplicó en más de tres veces, al pasar de US\$7,8 millones en 1994 a US\$28,4 en 2006.

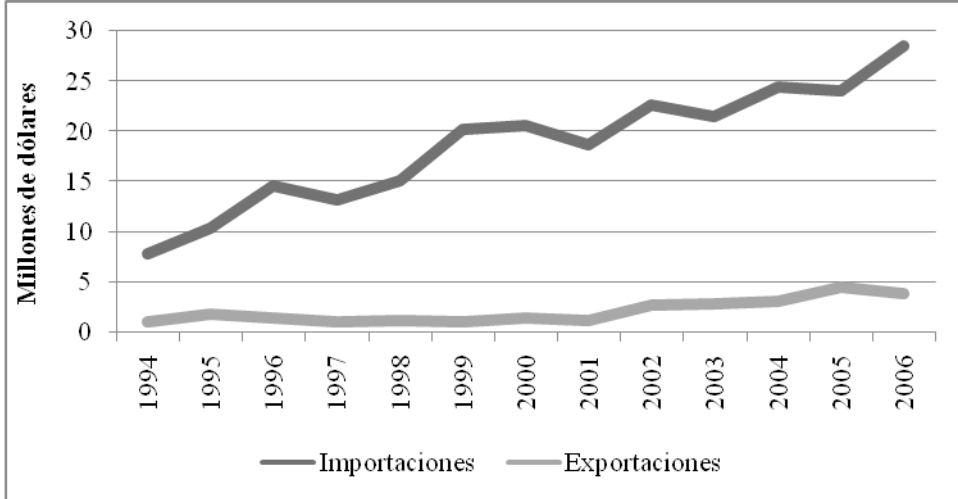
El grueso de las importaciones dentro de esta partida arancelaria corresponde a libros clasificados en la subpartida 490199 (los demás). Estos en 2006 representaron más del 85% de todo lo importado en la partida 4901. El resto de las importaciones dentro de esta partida corresponden a: diccionarios y enciclopedias, incluso en fascículos (subpartida 490191 del SAC) y a otras publicaciones en hojas sueltas, incluso plegadas (subpartida 490110 del SAC).

Si bien la tasa de crecimiento promedio anual de las exportaciones dentro de la partida 4901 es superior a la de las importaciones entre 1994 y 2006 (18%), los valores exportados por El Salvador al resto del mundo en este concepto son considerablemente inferiores a las erogaciones de divisas en concepto de importaciones en todos los años. Al respecto, el ingreso de divisas en concepto de exportaciones dentro de la partida 4901 pasó de US\$1 millón en 1994 a US\$3,8 millones en 2006. Lo anterior resulta en un déficit comercial sostenido por parte de El Salvador en todos los años de estudio, el cual alcanzó en 2006 los US\$24,6 millones.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

Gráfico 1

Comercio de libros, folletos e impresos similares, incluso en hojas sueltas (Partida 4901 del SAC)



Fuente: Elaboración propia con base a SIECA 2008.

El origen de las importaciones de libros clasificados en la partida 4901 del SAC se encuentra concentrado en pocos países fuera de la región centroamericana. En 2006, un poco más del 90% de los US\$595 mil importados dentro de la subpartida 490110 fueron provistos por cuatro países (42,7% corresponde a México, 25,3% de Alemania, 15,3% de Estados Unidos y 7,4% de Colombia). En ese mismo año, cuatro países proveyeron cerca del 90% de las importaciones a El Salvador dentro de la subpartida 490191 (Argentina 62,4%, Brasil 17,2%, Chile 9,7% y Colombia 3,1%).

La subpartida que registra el mayor valor de transacciones dentro de la partida 4901 presenta similar grado de concentración en el número de proveedores en el mercado internacional. En 2006, cuatro países proveyeron cerca del 84% de los casi US\$25 millones importados dentro de la subpartida 940199 del SAC (Estados Unidos 37%, México 21,4%, Colombia 15%, España 10,2%).

2.4.- El acceso a libros de texto universitarios: una aproximación

Con el objeto de monitorear el grado de acceso económico y la disponibilidad de libros de texto universitarios en el mercado, se seleccionaron una serie de títulos bibliográficos en dos programas de estudio incluidos en la carrera de Economía, dentro de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA).⁷

⁷ Los títulos incluidos en los programas de estudio de cada materia son sugeridos por el catedrático a criterio personal.

Esto con el objeto de responder a dos grandes interrogantes: ¿Cuál podría ser el efecto de una prohibición a la reproducción no autorizada de libros de texto? Y derivado de ello: ¿Cuál sería el costo para el estudiante?

Con el objeto de determinar las principales barreras de acceso a libros de textos especializados, se procedió a monitorear en librerías, editoriales locales, bibliotecas universitarias e Internet, el precio y la disponibilidad de los mismos. Así mismo, se calculó el costo de acceder a dicho material educativo por medios alternativos, es decir, fuera de los canales formales de distribución, específicamente a través de fotocopias. Ello con el objeto de aproximarse al costo de oportunidad de un estudiante entre la compra del libro de texto original y la reproducción mimeográfica del mismo.

2.5.- Principales hallazgos: altos precios y baja disponibilidad

Del total de librerías comerciales consultadas, solamente dos de ellas distribuían libros de texto universitario y sólo una, textos de economía. La oferta de dichas librerías es principalmente de literatura universal y lectura de ocio. Al respecto, la mayor disponibilidad de títulos universitarios se encontró en la librería universitaria de la UCA. Ello fundamentalmente responde a que los criterios de adquisición de títulos están en función de una demanda específica a nivel institucional.

Cuadro 2
Comparación de precios y disponibilidad de libros de texto

Título	Precios y disponibilidad					
	Librería Universitaria ¹	Librería comercial ²	Amazon.com	Fotocopia ³	Precio menor vs. fotocopia	Biblioteca Univ. # ejemplares ⁴
Mercado e Instituciones Financieras. International Thompson.	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.	N.D.	3
Macroeconomía. McGraw-Hill.	\$23	N.D.	\$64,30	\$12,70	-44,8%	1
La Economía salvadoreña al final del siglo: desafíos para el futuro. FLACSO.	\$6,50	\$11.11	N.D.	\$5,02	-22,8%	4
Economía Internacional. Prentice Hall.	N.D.	N.D.	\$25,50	\$15,34	-39,8%	2*

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

Economía Mundial. McGraw-Hill.	\$15,00	N.D.	\$57,30	\$9,04	-39,7%	4*
Macroeconomía en la economía Global. Pearson/Prentice Hall.	\$39,00	N.D.	\$58,36	\$15,78	-59,5%	2*
International Trade Theory and Policy. Springer.	N.D.	N.D.	\$56,20	\$10,88	-80,6%	1*
Advanced International Trade: Theory and Evidence. Princeton University Press.	N.D.	N.D.	\$51,35	\$9,92	-80,7%	1*
Frontiers of Political Economy. Verso.	N.D.	N.D.	\$20,00	\$6,40	-68%	N.D.

Fuente: elaboración propia con base a: 1) Librería UCA. Disponible en: www.libreriauca.com.sv 2) Librería La Ceiba. Disponible en: www.libroslaceiba.com 3) Precio promedio por página fotocopiada (US\$0.02) multiplicado por número de páginas de publicaciones originales. 4) Biblioteca "P.Florentino Idoate, S.J.". Disponible en: www.abaco.uca.edu.com.sv (*) Ejemplares disponible en ediciones anteriores a las consultadas.

Las representantes de editoriales internacionales como McGraw-Hill y Pearson (editoriales con sede en México), únicamente importan libros de texto universitarios previa solicitud del interesado. Así mismo, se pudo observar un número reducido de representantes de casas editoriales en el país, por lo que la adquisición de textos por parte de las librerías se hace por medio de compras directas en el exterior. Si bien dicho mecanismo de compra estaría reduciendo los márgenes de intermediación a las librerías, el abastecimiento de los mismos no es tan expedito en relación a si existiesen representantes locales de dichas editoriales.

Así mismo, puede notarse una clara ausencia de competencia en el segmento de mercado objeto de análisis. Al respecto, la oferta de libros de texto de economía es hecha principalmente por dos librerías, una comercial y otra universitaria. Como se observa en el Cuadro 2, de ocho títulos consultados en la librería comercial, solamente uno se encontró disponible en la edición buscada,⁸ mientras que en la librería universitaria se encontraron cuatro. Cabe destacar además, que los títulos de economía que se encontraron disponibles corresponden a un nivel básico de especialización en la materia correspondiente. Esto evidencia la limitada disponibilidad física de textos universitarios especializados en el mercado local.

8 Algunos de los títulos consultados en la librería comercial, se encontraron disponibles en ediciones anteriores, lo cual no permitía una comparación confiable de precios, por lo que no fueron incluidos en el análisis.

Si bien la adquisición de libros de texto en Internet es un opción para disponer de dicho material educativo cuando en el medio local estos no son comercializados, dicha opción presenta serias limitantes para ser considerada como viable para una buena porción de los demandantes de dichos libros de texto. Por una parte, sólo una proporción de los estudiantes tiene acceso a medios electrónicos (computadoras, Internet), de igual manera, un número reducido de los mismos cuenta con tarjeta de crédito para poder realizar compras por Internet.

El hecho de que algunos libros de texto no estén comercialmente disponibles en el mercado local, es compensado en cierta medida con la facilitación de los mismos por las bibliotecas universitarias. Como puede observarse en el Cuadro 2, de los ocho títulos consultados, tres estaban disponibles en las ediciones solicitadas, el resto (seis) se encontraron en ediciones anteriores a las requeridas.

En relación a los precios disponibles en el mercado, se observaron sustanciales diferencias entre los precios obtenidos en las fuentes consultadas. En el caso de los precios en el mercado local, la poca disponibilidad de títulos de economía en las librerías comerciales, dificultó la comparación de sus precios con los de otros proveedores. Aun así, pudo observarse cómo el costo de algunos libros de textos representa más del 25% del ingreso por habitante mensual en las áreas urbanas (US\$138,66),⁹ lo que podría constituirse en un factor restrictivo para su adquisición.

Por otra parte, pese a que la mayoría de los títulos de economía seleccionados estaban disponibles por Internet en el mercado estadounidense, el precio de estos fue superior a los disponibles en el mercado local para todos los casos. Ello podría explicarse por la poca oferta de libros de texto en idioma español en un mercado anglosajón como el estadounidense.

Por otra parte, el mecanismo de acceso económicamente más viable a los libros de texto, es la reproducción informal de los mismos (fotocopia). De estar físicamente disponibles, el costo de reproducción informal de los títulos universitarios seleccionados sería entre 39% y 80% menor que obtenerlos por alguna de las vías formales de comercialización (mercado local o por Internet), como se observa en el Cuadro 2. Mientras no existan medidas coercitivas a la reproducción de libros de textos, el costo de adquirir dicho producto por los canales formales de comercialización será mayor al beneficio generado en términos de ahorro al fotocopiar dicha publicación.

En la actualidad no existen en el medio universitario, regulaciones relacionadas a la reproducción no autorizada de libros de texto. Por ello, por parte del usuario de dicho material educativo, no existen externalidades negativas relacionadas a dicha práctica,

9 Ministerio de Economía de El Salvador, Dirección General de Estadísticas y Censos. Encuesta de hogares de Propósitos Múltiples 2006. Disponible en: www.digestyc.gob.sv.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

que de existir, podrían constituirse como un costo implícito que restringiría en alguna medida el acceso a libros de texto por vías informales.

En suma, la provisión de libros de texto especializados en el mercado salvadoreño es hecha principalmente por librerías universitarias. En librerías comerciales la disponibilidad de los mismos es muy limitada. Esto estaría siendo explicado por un bajo nivel de competencia, en donde existen pocos proveedores de material educativo, el cual es importado casi en su totalidad.

La baja competencia en el mercado estaría estableciendo precios elevados, restringiendo el acceso al conocimiento especializado en centros de educación superior. Sin embargo, frente a la inexistencia de mecanismos coercitivos que limiten la reproducción no autorizada de libros de texto, los usuarios de dicho material perciben como la vía económicamente más viable de acceso la fotocopia de los mismos.

2.6.- La importancia de las bibliotecas y librerías universitarias en la facilitación del acceso al conocimiento a través de libros de texto

Frente a la situación antes descrita, las bibliotecas universitarias juegan un papel crucial en la facilitación de libros de texto a estudiantes. Sin embargo, las universidades se enfrentan a limitantes relacionadas a factores financieros. Por una parte, el presupuesto de las bibliotecas de universidades privadas no goza de ayudas o subvenciones estatales que incrementen la capacidad de éstas en la adquisición de material bibliográfico.

Por otra parte, la inversión en libros por parte de las universidades salvadoreñas representa una pequeña proporción del presupuesto total en los últimos años. Como se observa en el Cuadro 3, en 2006 el monto total destinado a la adquisición de libros por parte de las universidades fue cercano a los US\$780 mil, monto que representó un poco más de medio punto porcentual (0,55%) del total gastado en ese mismo año por todas las universidades. Contrario a lo que se esperaría, la importancia relativa, así como el valor absoluto de la inversión en libros, se redujo considerablemente respecto a años anteriores.

Cuadro 3

El Salvador: Importancia de la adquisición de libros para las universidades

Año	Presupuesto anual ejecutado (Miles de US\$)	Presupuesto anual ejecutado para inversión en libros (Miles de US\$)	Proporción del presupuesto en libros respecto al total	Número de libros por estudiante	Número de volúmenes promedio por título bibliográfico
1999	\$87.103,54	\$819,34	0,94%	n.d.	n.d.
2000	\$98.032,09	\$578,27	0,59%	n.d.	n.d.
2001	\$97.473,99	\$541,26	0,56%	n.d.	n.d.
2002	\$103.740,04	\$591,01	0,57%	n.d.	n.d.
2003	\$112.524,79	\$593,33	0,53%	n.d.	n.d.
2004	\$129.146,34	\$908,03	0,70%	8,39	2,11
2005	\$134.484,47	\$798,44	0,59%	10,08	2,16
2006	\$140.564,11	\$779,11	0,55%	n.d.	n.d.

Fuente: Ministerio de Educación de El Salvador.

Según las cifras oficiales disponibles del Ministerio de Educación de El Salvador, en promedio, el número de libros por estudiante pasó de 8,39 en 2004 a 10,08 en 2005 (Cuadro 3). Dicho promedio, sin embargo, no refleja la disponibilidad de textos por especialidad temática en las bibliotecas universitarias.

Al respecto, como se demostrara en el Cuadro 1, para los títulos de economía seleccionados, se encontraron en promedio 2,25 ejemplares disponibles en la biblioteca de la UCA. Si se tiene en cuenta que la población universitaria que cursa materias de comercio internacional suma en promedio aproximado 60 estudiantes por semestre, la disponibilidad de libros por estudiante es mucho más baja (casi 1 libro por cada 30 estudiantes).

3.- EL SOFTWARE

Una de las principales limitantes al acceso a programas informáticos en El Salvador son los altos precios a que se comercializan dichos bienes en el mercado local. Sumado a ello, la ausencia de información acerca de alternativas económicamente más viables, como el software libre de fuentes abiertas, y prácticas de mercado que inducen la demanda de los consumidores de dichos productos hacia la utilización de programas computacionales onerosos, generan las condiciones en el mercado salvadoreño para que la reproducción no autorizada de software propietario sea una práctica frecuente y generalizada.

Frente a ello, se percibe la ausencia de acciones de política pública que generen condiciones de mercado favorables para el acceso a dichos recursos informáticos y por

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

el contrario, se observan medidas que podrían perpetuar las condiciones antes descritas presentes en el mercado salvadoreño.

3.1.-El acceso a software

Según un estudio realizado por la Business Software Alliance (BSA) en 2006 sobre piratería, El Salvador se posicionó en el lugar 13 de los países con mayor nivel de piratería en el mundo y el segundo en Latinoamérica. Al respecto, en dicho estudio se plantea que las diferencias en el grado de piratería entre países se deben a factores que van desde: "...la solidez de las leyes de protección de la propiedad intelectual hasta la disponibilidad de software pirateado y las diferencias culturales".¹⁰

Sin embargo, dicho estudio obvia mencionar el grado de desarrollo y el respectivo poder adquisitivo como factores que podrían estar determinando las diferencias entre niveles de piratería entre países. Por ejemplo, en promedio el Ingreso Nacional Bruto (INB) por habitante de los 20 países con las tasas más altas de piratería (según el informe antes mencionado) fue de US\$1.762,22 (dentro de los cuales están países como Nigeria, Zambia y Vietnam que no alcanzan los US\$1.000 de INB por habitante), mientras que el INB por habitante promedio de los 20 países con las menores tasas de piratería de software asciende a US\$40.023,89

En este sentido, el presente apartado busca aproximarse a las posibles restricciones que significan los precios de software en relación a la capacidad adquisitiva de la población salvadoreña como factor explicativo al fenómeno de la copia y distribución no autorizada de estos bienes.

Con el objeto de identificar posibles determinantes del acceso económico de un grupo de programas computacionales de uso generalizado en El Salvador (sistemas operativos y paquetes de aplicaciones), se procedió a sondear los precios disponibles de dichos productos por parte de distribuidores locales.

3.2.- Principales hallazgos

La medición del peso económico de la industria del software en El Salvador presenta serias limitantes en cuanto a información disponible para su estimación. Al respecto, no existe disponibilidad de datos de carácter oficial que ponderen la participación de dicho sector en el entramado económico nacional.

Según la Organización Mundial del Comercio (OMC), el comercio de programas informáticos (Software) se clasifica dentro del comercio de servicios comerciales,

¹⁰ Business Software Alliance (BSA), "Fourth Annual BSA and IDC Global Software. Piracy Study", 2006. Disponible en: www.bsa.org/globalstudy

como servicios de informática e información.¹¹ Al respecto, las estadísticas comerciales disponibles en El Salvador no contabilizan los flujos de servicios de manera desagregada. Frente a esto podría considerarse como una alternativa para aproximarse al comercio de software la clasificación arancelaria del Sistema Armonizado (SA), específicamente la partida 8524,¹² dentro de la cual se incluyen los medios físicos de reproducción para tratamiento de datos (Discos, cintas magnéticas).

Sin embargo, la medición del comercio por dicha vía subestimaría los flujos reales existentes, en la medida que estos solamente contabilizan el valor de los medios de reproducción (el cual representa una pequeña fracción del valor total de un programa informático, por ejemplo) y no el valor de su contenido.

Sumado a esto, una buena parte de las importaciones y exportaciones de programas informáticos (software) son hechas por medio de comercio electrónico (Internet). Así, la posibilidad de analizar los flujos comerciales de servicios de informática e información en El Salvador es muy limitada.

Una práctica generalizada por parte de los distribuidores de equipos computacionales en el mercado local, es la venta de equipos de marca con sistema operativo Windows previamente instalado. La instalación de dicho sistema operativo se realiza sin previa consulta al cliente, incluyendo el costo de la licencia en el valor total de la compra.

Lo anterior es una práctica común de las compañías vendedoras de computadoras personales de marca, como una estrategia que procura la reducción de la piratería.¹³ Sin embargo, dicha práctica limita de hecho la posibilidad del consumidor de optar por otros sistemas operativos. Así, en cierta medida se estaría induciendo al consumidor a utilizar un cierto tipo de software.

Solamente en el caso de las computadoras sin marca o genéricas (clones), el consumidor tiene la opción de adquirir dicho equipo sin sistema operativo Windows pre instalado, y en algunos casos con un sistema operativo de licencia libre (específicamente Linux). El costo de adquisición de una licencia para sistema operativo o paquete de programas de aplicación en diferentes versiones, se resume en el Cuadro 4.

11 Según la OMC, “los servicios de informática y de información, que se subdividen en servicios de informática (servicios relacionados con equipo de informática y soporte lógico y servicios de procesamiento de datos), servicios de agencias de noticias (suministro de noticias, fotografías y artículos a los medios de difusión) y otros servicios de suministro de información (servicios de bases de datos y sistemas de búsqueda en Internet)”. Información tomada de: http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/its2007_s/its07_metadata_s.pdf

12 Discos, cintas y demás soportes para grabar sonido o grabaciones análogas, grabados, incluso las matrices y moldes galvánicos para fabricación de discos.

13 Business Software Alliance (BSA), Op. Cit., p. 6.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

Cuadro 4

Precios disponibles en el mercado para programas de software seleccionados

Programa	Versiones	Precios en el mercado local					
		P.1	P.2	P.3	P.4	P.5	P.6
Licencias de Windows Vista	Ultimate	---	\$310,75	\$255,00	---	---	---
	Premium	\$160,00	\$223,74	\$154,00	---	---	\$201,45
	Business	\$195,00	\$228,26	\$195,00	\$220,18	\$195,00	\$203,64
	Home Basic	\$120	\$166,11	\$119,00	\$139,47	\$165,00	\$147,80
Licencia de Office 2007	Ultimate	---	---	---	---	---	---
	Professional	\$420,00	\$468,95	---	---	---	---
	Small Business	\$315,00	---	\$300,00	\$475,99	---	\$311,88
	Standard	---	---	---	---	---	---
	Home and Student	---	---	---	\$190,22	---	---
	Basic	\$160,00	\$299,45	\$219,00	---	\$235,00	---

Fuente: Elaboración propia.

Dependiendo de las características incluidas en cada versión, el precio del software disponible varía entre US\$119.00 (en el caso de la licencia de Windows Vista versión Home Basic) y US\$468.00 (en el caso de la licencia de Office 2007 versión Professional). Si se considera que actualmente el ingreso por habitante mensual en las áreas urbanas es de US\$138.66, el acceso a dicho software estaría siendo restringido por sus elevados precios.

En cambio, al consultar el costo de adquisición de sistemas operativos con licencias libres (Linux), pudo verse cómo estos son económicamente más accesibles que el software Microsoft usualmente incluido en equipos computacionales nuevos. Por ejemplo, de solicitar un equipo nuevo con Linux como sistema operativo, solamente se añade el cobro por el servicio de instalación de dicho programa, el cual oscila entre US\$35 y US\$40, lo que representa cerca de una tercera parte del precio más bajo disponible para una licencia propietaria Microsoft.

Recuadro 1

Hasta 2005 las aulas informáticas de escuelas públicas salvadoreñas utilizaban software libre y gratuito, principalmente Linux, a iniciativa de los profesores, pues el costo de la licencia por una computadora ascendía a 240 dólares, por lo que preferían Linux que es completamente gratis.

A partir de ese año, a raíz de la firma de un convenio entre el Ministerio de Educación y Microsoft, el cual ofrece un tipo de arrendamiento llamado School Agreement, por medio del cual cada máquina que se suscribe obtiene el sistema operativo Windows y Office por un valor de US\$2.5 al año, las escuelas públicas dejaron de utilizar software gratuito.

Lo anterior, según un representante de la Organización Vía Libre: “se trata de entregar baratijas a los ministerios de educación a cambio de que estos formen usuarios cautivos de Microsoft”.

Tomado de artículo: “Juegos de computadora en el MINED”.
Disponible en: www.elfaro.net. Publicado el 17 de septiembre de 2007.

En un país donde las brechas tecnológicas son amplias y la disponibilidad de recursos económicos (tanto privados como públicos) son escasos, el precio prohibitivo de software propietario se constituye en una limitante al acceso a recursos para la educación, la investigación y desarrollo científico. Sumado a esto, una protección estricta de los derechos de autor, permitiría a las empresas propietarias de derechos de propiedad intelectual sobre software, prohibir la copia de dichos programas, obstaculizando la competencia y posibilitando el establecimiento de precios monopólicos en el mercado.

Si bien la utilización de software libre es una opción económica y técnicamente viable para solventar las restricciones económicas de acceso a dichos recursos, las prácticas en el mercado antes descritas, así como decisiones cuestionables a nivel gubernamental estarían limitando dicha alternativa (ver recuadro 1).

4.- VALORACIONES FINALES

1. El análisis previo se constituye en una aproximación a la problemática de acceso a libros de texto especializados en el ámbito universitario de El Salvador; tomando como punto de referencia el programa académico de dos materias de economía en una universidad privada del país. Pese a las limitaciones de información que se presentan en el análisis realizado, algunos hallazgos en el mismo dan pautas para profundizar en ciertos aspectos relacionados al acceso al conocimiento como factor clave de desarrollo para nuestros países y su relación con la protección de los Derechos de Autor.

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

2. Es claro además, que las áreas relacionadas al conocimiento y su vinculación con los Derechos de Autor y Conexos, trascienden la problemática de acceso a libros de texto. La transferencia de tecnología, las capacidades de investigación e innovación, el crecimiento del acervo cultural y artístico son algunas de las áreas que requieren un abordaje profundo, de cara a crear condiciones ideales de desarrollo para nuestros países.

3. El desarrollo del mercado de libros en el país está basado principalmente en la importación de estos bienes, lo cual fundamentalmente responde al bajo nivel de producción de libros a nivel nacional.

4. Pese a la exoneración de impuestos al consumo (IVA) y a estar gravados con arancel cero, los libros de texto en el país se comercializan a precios que para algunos estratos de la población son financieramente inviables.

5. Sumado a lo anterior, la escasa competencia en el mercado limita la disponibilidad física de textos especializados. Frente a ello, las universidades por medio de sus librerías y bibliotecas juegan un papel clave en la facilitación del acceso de estos a los estudiantes.

6. Aun así, existe un amplio segmento de la demanda que no es satisfecha por medio de canales formales (librerías, bibliotecas), en relación a los precios y a la disponibilidad física de libros de texto. Frente a esto, la reproducción no autorizada de los mismos se ha constituido como uno de los principales canales de acceso al conocimiento especializado en las universidades. Ello en la medida en que no existen en la actualidad, mecanismos de coerción que limiten dicha práctica.

7. Si bien los libros de texto son una fuente importante de información para el desarrollo de capacidades académicas, en la actualidad, la vasta disponibilidad de fuentes de información vía medios electrónicos amplía el espectro de conocimiento, facilitando el acceso a recursos actualizados no disponibles físicamente en el medio local, como por ejemplo: artículos especializados, bases de datos, investigaciones, etc.

8. Sin embargo, la disponibilidad de medios electrónicos que posibiliten el acceso a un espectro más amplio de conocimiento es un privilegio para pocos. En términos generales, solamente un 5,5% de la población en El Salvador tiene acceso a Internet.

9. En un contexto en el que el conocimiento es un factor crucial para la superación de desigualdades a nivel interno que caracterizan a países en desarrollo como El Salvador, el favorecer el acceso a recursos informáticos de bajo costo por medio de acciones tendientes a procurar la transparencia en el mercado sin dejar de lado la obligación del Estado de proteger los derechos de autor, debe convertirse en una tarea prioritaria para los hacedores de política pública.

10. En este sentido, la aplicación de medidas más estrictas en relación a la protección del derechos de autor sin estar acompañadas de iniciativas que generen opciones viables para los segmentos poblacionales que no pueden acceder a recursos informáticos por su elevado precio, perpetuarían las condiciones de exclusión en el acceso a nuevas tecnologías a amplios sectores poblacionales, que actualmente pueden hacer uso de bienes protegidos por derechos de autor por medio de copias no autorizadas dado su bajo costo.

ANEXOS

A-1

El Salvador: indicadores económicos 2006

Superficie	21.041 KM2
Población total (millones)	6.980,3
Producto Interno Bruto (-PIB- en Millones)	US\$18.573,5
Tasa de crecimiento del PIB a precios de 1990	4,2%
Exportaciones totales F.O.B. (Millones)	US\$3.513,3
Importaciones totales C.I.F. (Millones)	US\$7.627,7

Fuente: Banco Central de Reserva de El Salvador

A-2

El Salvador: Comercio de libros de la partida 4901 del Sistema Arancelario Centroamericano con el resto del mundo (En dólares americanos y Kilogramos)

	Importaciones		Exportaciones	
	Valor (US\$)	Volumen (Kg)	Valor (US\$)	Volumen (Kg)
1994	7.856.705	2.120.274	1.064.879	243.872
1995	10.350.401	1.480.744	1.797.914	516.975
1996	14.547.364	2.017.031	1.466.805	268.432
1997	13.190.193	1.910.853	1.119.362	189.396
1998	15.125.113	1.756.883	1.137.251	189.999
1999	20.209.525	2.972.478	1.061.915	180.776
2000	20.570.710	4.418.648	1.386.075	369.898
2001	18.633.676	2.967.137	1.167.119	275.275
2002	22.599.602	3.438.767	2.685.113	404.079
2003	21.425.377	4.086.560	2.844.821	433.236
2004	24.351.636	3.842.493	3.057.390	401.253

Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los Derechos de Autor.

2005	24.035.715	4.086.266	4.475.763	599.106
2006	28.459.662	3.914.862	3.849.011	550.191

Fuente: SIECA 2008.

A-3

El Salvador: indicadores de Ciencia y Tecnología

Indicador	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Gasto en Ciencia y Tecnología (CYT) en millones de US\$	24,3	28,7	31,7	34,2	99,1	N.D.	N.D
Gasto en CYT como proporción del PIB	0,30%	0,30%	0,31%	0,31%	0,83%	N.D	N.D
Gasto en CYT por habitante en US\$	4,37	5,06	5,47	5,78	16,44	N.D	N.D
Investigadores por cada mil integrantes de la población económicamente activa	0,10	0,10	0,09	0,09	0,20	0,20	0,47

Fuente: CONACYT

LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DILEMA DEL ACCESO A LA CULTURA: ¿DÓNDE UBICAMOS EL JUSTO EQUILIBRIO?¹

María Paz Canales L. y María del Pilar Soffia A.²

SUMARIO: 1.- EL ROL DEL DERECHO DE AUTOR.- 2.- APARICIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.- 3.- ¿POR QUÉ SE BRINDA PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR? 4.- CONFLICTOS ENTRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA BRINDADA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR QUE RESGUARDAN EL ACCESO A LA CULTURA.- 5.- REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN EN CHILE.-

1.- EL ROL DEL DERECHO DE AUTOR

El nacimiento de la Sociedad de la Información tiene como protagonistas centrales a los bienes intelectuales, en los cuales se plasman los esfuerzos de la creatividad humana, y de cuya disponibilidad de aprehensión depende el desarrollo de las distintas sociedades, y a fin de cuentas el de la humanidad toda.

1 El contenido central de este artículo tiene su origen y forma parte de la investigación desarrollada por las autoras para la preparación de la Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, "Las Medidas Tecnológicas de Protección del Derecho de Autor: Análisis del Derecho Comparado y bases para una regulación nacional", 2007.

2 María Paz Canales L. es Abogada por la Universidad de Chile. Ha sido Ayudante de la Cátedra de Derecho Civil y de Derecho Internacional Privado, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente, se desempeña como abogada asociada del estudio jurídico Ferrada Nehme con área de práctica en materias de Libre Competencia y Regulación. Es miembro fundadora de la ONG Derechos Digitales. mpcanales@gmail.com
María del Pilar Soffia A. es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. También es miembro fundadora de la ONG Derechos Digitales. psoffia@gmail.com

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

El Derecho de Autor ha sido tradicionalmente aquella rama del Derecho que se encarga de regular el conjunto de facultades que asisten a un autor o titular de derechos de autor respecto de cada una de sus obras intelectuales, esto es obras literarias o artísticas originales.

El fundamento y razón de ser del Derecho de Autor es el fomento de la cultura y el conocimiento. Lo que se persigue a través del reconocimiento de las prerrogativas que confiere el Derecho de Autor al creador sobre su obra, no es otra cosa que asegurar el incentivo a la creación. Gracias al reconocimiento del derecho a una remuneración equitativa de los autores, se logra impulsar la promoción de la cultura y el conocimiento, en beneficio de la sociedad toda. Sin este adecuado incentivo, la producción cultural se vería seriamente afectada, y con ello también el desarrollo de las más plenas potencialidades del ser humano.

Podría decirse que es por esta particularidad del Derecho de Autor, que su regulación se encuentra indisolublemente ligada a la generación de incentivos para el progreso humano, y es por ello que el derecho de autor entendido en términos subjetivos, ha sido elevado a la consideración de derecho fundamental, no sólo del individuo, sino de la humanidad en su conjunto.

Tradicionalmente, los regímenes de propiedad intelectual pretendían equilibrar los derechos de los creadores con los intereses del público en cuanto al acceso a las obras de arte y a los productos tecnológicos. La propia existencia de los derechos de propiedad intelectual se justificó originariamente diciendo que los incentivos y las recompensas a artistas e inventores redundan en beneficios para la sociedad. No obstante, los progresos actuales tienden a debilitar ese equilibrio y a desviar el sistema a favor de una gama mucho más reducida de intereses. Con la comercialización, la propiedad intelectual ha pasado de ser un medio de proporcionar incentivos a los investigadores e inventores, a un mecanismo que pretende fomentar la inversión y proteger los recursos de los inversores.³

Frente a estos hechos, surge el interés de la sociedad de evitar que la reglamentación de Derecho de Autor sea utilizada en forma abusiva, y sin consideración a su objetivo. Las reglas que conceden un monopolio limitado al creador sobre su obra, no pueden ser utilizadas para especular económicamente con un bien del cual depende el progreso de una sociedad. Si se pierde de vista el objetivo último del Derecho de Autor, y se abandona su ejercicio a consideraciones exclusivamente económicas, el interés público que él protege resultará seriamente dañado.

3 Audrey CHAPMAN, "La propiedad Intelectual como derecho humano", en Boletín de derecho de autor, Vol. XXXV n° 3 julio-septiembre 2001, París, Ed. UNESCO, 2001, p. 23.

Libertad de creación, cultura, y propiedad configuran los tres ejes maestros sobre los que viven los derechos de propiedad intelectual. Son las tres patas de la mesa en que descansa la creación social. Pretender entender estos derechos desde una perspectiva exclusivamente patrimonial, personalista o cultural nos lleva al absurdo de no poder explicar esta institución dentro de un ordenamiento jurídico. Aunque no se haya estudiado la propiedad intelectual desde estas tres dimensiones la Constitución y las Declaraciones de derechos del hombre se han encargado de precisárnoslas (...). No se puede crear si no hay libertad, si no se heredan unos conocimientos culturales derivados de la historia común, y no se crea sin el reconocimiento de la titularidad de lo creado al autor.

Mirar al derecho de autor como un derecho humano, es la forma más efectiva de integrar de manera adecuada los diferentes intereses que deben sopesarse para asegurar la existencia de los medios capaces de generar el progreso humano, y garantizar el acceso a dichos medios de todas y cada una de las personas, en las distintas sociedades, sin consideración a las riquezas que cada una posea.

Un enfoque de derechos humanos en el derecho de autor, asume un equilibrio implícito entre los derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad en general dentro de los paradigmas de la propiedad intelectual y lo hace mucho más explícito y exigente. Un enfoque de derechos humanos se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos del creador o del autor están condicionados a la contribución al bien común y al bienestar de la sociedad.⁴

Además, si se adopta una posición en relación con los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas. Dicho de otro modo, las obras de arte y científicas no son principalmente mercancías económicas cuyo valor viene determinado por su utilidad y la etiqueta de su precio.⁵

El reconocimiento de estos postulados es lo que llevó tempranamente a las distintas naciones a considerar el Derecho de Autor, como un derecho humano, en los instrumentos internacionales avocados al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.⁶

4 Audrey CHAPMAN, Op. Cit., p. 15.

5 Audrey CHAPMAN, Op. Cit., p. 23.

6 Así lo consagran los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 13: "toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor"; Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 27: "1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2) Toda persona

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

2.- APARICIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

En la actualidad nos encontramos inmersos en la denominada “Sociedad de la Información”, en la cual diversas innovaciones tecnológicas nos brindan posibilidades nunca antes vistas de acceder a los más diversos contenidos, entre los cuales se encuentran indudablemente una gran cantidad de obras tradicionalmente protegidas por el Derecho de Autor.

El sinfín de posibilidades de acceso que brindan las nuevas tecnologías lleva a una situación nunca antes experimentada por la humanidad, en la cual la más amplia gama de información y conocimientos parecen estar al alcance de gran parte de la población sin necesidad de recorrer grandes distancias o contar con grandes recursos económicos para procurárselos.

Esta posibilidad generada por la técnica, en gran medida ha contribuido a hacer conciencia en la sociedad civil de la faz colectiva que compone al Derecho de Autor y que había sido tempranamente reconocida en los instrumentos internacionales, como pusimos de relieve más arriba.

Sin embargo, esta misma facilidad de acceso a los contenidos y rapidez en su transmisión que ha generado la tecnología, representa, a la vez, para los titulares de derechos de autor una gran amenaza para sus facultades de control sobre el uso y explotación de las obras bajo su dominio.

Para enfrentar esta amenaza, los derechohabientes, en un principio, recurrieron a la utilización de las armas proporcionadas por la misma tecnología, haciendo su aparición magistral en escena las hasta ahora muy nombradas, pero poco estudiadas en nuestro medio: “Medidas Tecnológicas de Protección”, es decir aquellas herramientas técnicas que les permitirían resguardar de manera efectiva sus derechos, frente a las infinitas posibilidades de vulneración que brindan las nuevas tecnologías.

tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

Si bien el desarrollo de vallas técnicas para la protección de los derechos de autor no constituye estrictamente un tema nuevo⁷, es a partir de la masificación de la tecnología digital y de la universalización de Internet, que surgen las iniciativas más importantes de autores y titulares de derechos para desarrollar este tipo de herramientas. Ejemplos notables de ello son el Serial Copy Management System (SCMS)⁸, el sistema de división por zonas de los DVD y juegos de video⁹, el Content Scramble System (CSS)¹⁰ y la reciente Iniciativa para la Música Digital Segura (SDMI).¹¹

Estas herramientas técnicas guardianas de derechos de propiedad intelectual pueden ser conceptualizadas de manera más exacta diciendo que son “toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por el Derecho de Autor, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes o de la ley” (en adelante MTP).

Los titulares de derechos de autor comienzan a considerar que la utilización de estas medidas es indispensable para hacer posible la circulación de sus obras en ambientes de redes, especialmente redes abiertas como Internet, puesto que –de lo contrario–, a su juicio, se arriesgan a perder el control sobre ellas.

Si cambiamos la mirada y enfocamos la aparición de estos mecanismos desde la perspectiva de la sociedad y su deseo de acceder al conocimiento y la cultura, en general las MTP entran el acceso de los ciudadanos a la información y el conocimiento, dificultan el desarrollo de la ciencia y la cultura, y se han convertido en una burla trágica de las prerrogativas tradicionalmente otorgadas a través de las múltiples limitaciones y excepciones al derecho de autor.

7 Ver Delia LIPSYC, “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”, Bs. Aires, Ed. conjunta UNESCO, CERLALC y Zavallá, 2004, p. 148.

8 Sistema usado principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica sobre los dispositivos audiodigitales de grabación como la Digital Audio Tape (DAT) y los minidiscos, cuya utilización fue ordenada por la Audio Home Recording Act (AHARA), con el fin de controlar la capacidad de copia doméstica. Este sistema permite la realización de copias de un dispositivo original, pero impide la confección de copias de segunda generación, es decir, copias de las copias.

9 Conforme a este sistema, las industrias del entretenimiento dividen el mundo en seis mercados, sometiendo a los productores de dispositivos para la reproducción de juegos o DVD, a través de licencias, a la exigencia de que los aparatos disponibles en una de estas zonas geográficas sólo sean capaces de reproducir los juegos o DVD correspondientes a dicha zona.

10 Sistema de control de acceso y de copia para DVD desarrollado por las compañías cinematográficas, constituido por un sistema de encriptación que requiere la utilización de un aparato compatible para su decodificación.

11 Tecnología de filigranas desarrollada por una agrupación de empresas discográficas para proteger la música en formato digital.

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor forman parte de la regulación del Derecho de Autor, y cumplen un rol importantísimo dentro del sistema por él creado, pues constituyen el reconocimiento por el derecho positivo de los legítimos intereses de los usuarios de utilizar en cierta medida material protegido sin necesidad de recabar la autorización previa del titular de derechos, como constituye la regla general en materia de utilización de obras intelectuales. Esos legítimos intereses comprenden la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento.

Si a lo largo de la historia, el Derecho de Autor se ha construido atendiendo a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de autores y titulares de derechos, por una parte, y el interés público de acceder a la cultura, por otra; y si el Derecho de Autor siempre ha contemplado limitaciones y excepciones para el uso de contenidos protegidos, sin necesidad de obtener autorización del propietario de estos; y si este equilibrio ha sido el fruto de un largo proceso de “negociación” entre los distintos interesados, lo cual ha permitido que, por una parte, los autores tengan un incentivo o recompensa por sus aportaciones creativas al patrimonio cultural y artístico de la sociedad, mientras que, por otra, los ciudadanos han podido disfrutar de ese patrimonio bajo condiciones aceptables: ¿resulta justo y adecuado que mediante la utilización de estos dispositivos los titulares de derechos, de manera unilateral y prescindiendo de toda consideración ulterior, pongan candado a las obras bajo su titularidad?

3.- ¿POR QUÉ SE BRINDA PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR?

El advenimiento de la tecnología digital¹² cambia radicalmente la lógica de control y distribución de la propiedad intelectual; el motivo de ello es la ingente capacidad de copia que genera, que goza de unos estándares de calidad, facilidad, economía y rapidez en su producción y distribución, nunca antes vistos en el mundo analógico, para cuya regulación fue diseñado el Derecho de Autor.

Frente a esta realidad, los titulares de derechos de autor reclaman que cualquier persona armada de la tecnología digital, puede realizar una violación masiva de sus derechos¹³, sin que las herramientas tradicionales del Derecho de Autor les presten auxilio suficiente y adecuado contra tales conductas, reduciendo en la práctica sus derechos a la nada.¹⁴

12 Por tecnología digital entendemos “el almacenamiento, reproducción y transmisión de datos, sonido, video, texto, imágenes a través de dígitos utilizando el código binario de ceros y unos”. Sofía RODRÍGUEZ, “Excepciones y Limitaciones al derecho de autor en el ciberespacio”, Bogotá - Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 85.

13 Julie COHEN, A right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace [en línea] <http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/read_anonymously.pdf> [Consulta: 12 de septiembre 2006] p. 5.

14 En palabras de Jack Valenti, Presidente de la Motion Picture Association of America (MPAA) “If you cannot protect

Como veíamos, motivados por esta sensación de desprotección, frente a las posibilidades de copia masiva brindadas por la tecnología, los autores y titulares de derechos de autor se vuelven inicialmente hacia la misma tecnología, en busca de respuestas que les permitan evitar la pérdida de control sobre sus derechos, con que a su entender la era digital los amenaza. Es así como surge la ya célebre frase de Charles Clark: “La respuesta a la máquina está en la máquina”, con la cual este autor sintetizó, en 1996, la búsqueda por parte de los autores y titulares de derechos de soluciones tecnológicas a los problemas causados por la tecnología digital.¹⁵

La valla técnica representada por las MTP, pretende poner un coto a la capacidad de utilizar libremente una obra, con el fin de asegurarle al titular de la misma el control sobre ella, función tradicionalmente atribuida al Derecho de Autor, y que hoy la tecnología digital pone en entredicho.

Para la perplejidad de autores y titulares de derechos, tal como la utilización de estos mecanismos proporciona inicialmente una repuesta que garantiza el control de sus obras en el entorno digital, el desarrollo de nuevas herramientas y habilidades permite la vulneración de los mecanismos de protección levantados.

Ninguna protección técnica resulta infalible, “lo que una máquina es capaz de hacer, otra lo deshace”,¹⁶ o lo que es equivalente, los medios que el ingenio de un sujeto logre diseñar para resguardar obras intelectuales en el entorno digital, pueden ser fácilmente burlados por quienes desarrollen habilidades similares o superiores.

La constatación por parte de los autores y titulares de derechos de la incapacidad de las MTP, para ser autosuficientes, y cumplir en todo evento con el objetivo de asegurar el control de las obras distribuidas digitalmente, hace que los afectados se vuelvan nuevamente al Derecho de Autor, en busca de protección adecuada y suficiente de sus derechos.¹⁷

Así, son autores y titulares de derechos quienes primero llaman la atención acerca de la necesidad de que el ordenamiento jurídico se ocupe de las MTP, prestándoles auxilio y defensa, de tal manera que cualquier actividad o conducta que se desarrolle para lograr su vulneración sea sancionada jurídicamente. De esta forma, pretenden salvar el inconveniente de la falibilidad de dichos mecanismos, y de paso fortalecer el rol del

what you own, then you own nothing”.

15 Ver Javier GAMBOA, “Marco Jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital”, en Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática, Derecho de Internet & Telecomunicaciones, Bogotá-Colombia, Legis, 2003, p. 522.

16 Ignacio GARROTE, “El derecho de autor en internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE”, 2ª ed., Granada, Ed. Comares, 2003, p. 503.

17 Ver Javier GAMBOA, Op. Cit., p. 525. Dan BURK, “Anti-Circumvention Misuse” [en línea] <<http://tprc.org/papers/2002/29/misuse.pdf>> [Consulta: 15 de julio 2006] p. 9.

Derecho de Autor, cuya vigencia y utilidad ya comenzaba a ser cuestionada por el surgimiento de medios técnicos más eficaces de protección de los derechos intelectuales.¹⁸

Es posible afirmar que como toda herramienta técnica, las MTP son intrínsecamente neutras, ciegas a las consideraciones valóricas que inspiran la reglamentación jurídica, y por tanto susceptibles de ser bien o mal utilizadas.¹⁹ Justamente es en ello que radica la importancia de que el Derecho de Autor se haga cargo de la regulación de estos dispositivos, estableciendo a su respecto una reglamentación que recoja un adecuado balance de los intereses de la sociedad y de los titulares de derechos intelectuales.

Una vez que autores y titulares de derechos apelan al Derecho de Autor, solicitando la protección de las vallas técnicas erigidas para el resguardo de sus derechos, la forma en que el Derecho de Autor responda a esta solicitud deja de ser un tema de índole meramente técnica, y pasa a estar regido por los principios fundamentales que constituyen el espíritu del Derecho de Autor, que tiene y siempre ha tenido como objetivo primordial, crear y garantizar un adecuado balance entre los intereses de la sociedad y de los creadores.

Todo régimen de Derecho de Autor concede un monopolio al creador sobre la base de un compromiso entre los intereses de los autores y los intereses de la sociedad.²⁰ El Derecho al otorgar tutela a los autores, los incentiva a seguir produciendo, pero ese mismo Derecho debe establecer límites que permitan a la sociedad participar de las obras.²¹ La ley otorga a los autores algo que de otra manera no podrían obtener; eso sí, a cambio de ciertas limitaciones en sus derechos, concebidas para beneficio intelectual general de la sociedad.²²

Muchos principios del Derecho de Autor encarnan la búsqueda de ese equilibrio. Es el caso de las siguientes reglas: la limitación de la duración y facultades que componen los derechos intelectuales; el criterio de originalidad que sirve para trazar la frontera entre lo que se protege y lo que pertenece al dominio público; la dicotomía

18 Ver Stefan BECHTOLD, "From Copyright to Information Law. Implications of Digital Rights Management" [en línea] <http://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/pub/2002/DRM_Information_Law.pdf> [Consulta: 15 de julio 2006] p. 222 y 223. En sentido contrario Ignacio GARROTE, 2003, Op. Cit., p. 502.

19 En palabras de Lessig "cada vez más las reglas de la ley del copyright, tal y como las interpreta el dueño del copyright, acaban inscritas en la misma tecnología que distribuye contenidos con copyright. Es el código, no la ley, quien manda. Y el problema con las regulaciones implementadas con código es que, a diferencia de la ley, el código no tiene vergüenza". Lawrence LESSIG, "Cultura libre", Ed. LOM, Santiago, 2005, p. 129. Ver Dan BURK, "Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology" [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=699384> [Consulta: 26 de septiembre 2006] pp. 22 y 23.

20 Así ha sido reconocido en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

21 Sofia RODRÍGUEZ, Op. Cit., p. 104.

22 Lawrence LESSIG, "El código y otras leyes del ciberespacio", Santillana, Madrid, 2001, p. 251.

entre la ausencia de protección de las ideas y la protección de su forma de expresión; la existencia de numerosas excepciones y limitaciones al derecho de autor, a las cuales la sociedad puede recurrir para salvaguardar la libertad de expresión, la protección de la vida privada, el acceso a la información y a la cultura, el desarrollo de la investigación y la difusión del saber.²³

Como consecuencia de las crecientes demandas de protección de los titulares de derechos de obras intelectuales, en 1996 se presentó en el seno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la problemática de proporcionar herramientas adecuadas para la efectiva protección de los derechos intelectuales explotados a través de medios digitales. En este contexto, una de las principales cuestiones a considerar fue la posibilidad de brindar protección jurídica a las MTP. Aquí se llegó a la conclusión de que las MTP, al ser en definitiva técnicamente vulnerables, debía recibir protección legal contra su elusión.

Este consenso se plasmó en la redacción de los artículos 11 del Tratado OMPI de Derecho de Autor (TODA) y 18 del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), que establecen las obligaciones de los Estados relativas a las MTP. Dichos artículos prescriben la obligación de los Estados contratantes de proporcionar protección jurídica adecuada contra la acción de eludir MTP efectivas que sean utilizadas por los autores, intérpretes o productores, en relación con derechos reconocidos por el TODA o el Convenio de Berna, y que respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los titulares de los derechos o permitidos por la ley.

Los distintos países que han suscrito los tratados OMPI de 1996 han tenido divergentes aproximaciones acerca de la correcta interpretación de las provisiones que ordenan la protección de las MTP. Estas diferencias han quedado de manifiesto en las diferentes opciones que han sido tomadas a la hora de regular la protección jurídica que se les brindará. Esquemáticamente las opciones pueden ser resumidas de la siguiente forma:

- En cuanto a las clases de MTP protegidas:
 - a) Proteger de manera amplia cualquier medida tecnológica que controle el acceso de una obra, sin consideración a si dicha obra se encuentra actualmente sujeta o no al derecho de autor, y sin consideración a si el acto al cual va encaminado la elusión se encuentra o no permitido por el Derecho de Autor. Esta opción maximalista es la que permite sustentar la hipótesis del surgimiento de un verdadero derecho de acceso.

23 Séverine DUSOLLIER, Yves POULLET, et Mireille BUYDENS, “Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico” [en línea] Boletín de derecho de autor, Vol. XXIV, N°4, 2000 <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123894so.pdf#page=4>> [Consulta: 16 de agosto 2006] p. 5.

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

- b)** Proteger las MTP destinadas a controlar el acceso de una obra sólo contra los actos de elusión que se encaminen a la infracción de los derechos de autor. A través de esta opción, resulta posible conciliar la protección de las MTP y el respeto por las excepciones y limitaciones tradicionalmente reconocidas por el Derecho de Autor.
- c)** Proteger las MTP que controlan la utilización de las obras. Esta opción puede ser ejercida en conjunto con cualquiera de las dos anteriores.

· En cuanto a las conductas sancionadas:

- a)** Sanción de los actos individuales encaminados a la elusión de las MTP.
- b)** Sanción de los actos preparatorios a la elusión, constituidos por la producción, importación, distribución y comercialización de dispositivos o procedimientos encaminados a la elusión de las MTP.
- c)** Sancionar las dos conductas anteriores.

Cada una de las opciones señaladas presenta, a su vez, matices en sus posibilidades de regulación. En el caso de los actos individuales de elusión, es posible establecer la exigencia de conocimiento de que la conducta desplegada tiene consecuencias elusivas del mecanismo de protección, o por el contrario establecer que toda conducta que tenga como consecuencia la elusión de las MTP sea sancionada (estableciendo así una responsabilidad estricta).

En la hipótesis de la sanción de los actos preparatorios, también es posible utilizar un estándar de conocimiento para establecer las sanciones. Así, podrá exigirse que para ser sancionado el productor, importador, distribuidor o comercializador de dispositivos o procedimientos elusivos, deberá tener un determinado grado de conocimiento del potencial elusivo de los mismos en relación a las MTP.

Por otra parte, también es posible tomar en consideración, como lo han hecho hasta hoy varios países al legislar al respecto, la posibilidad de utilizar dichos dispositivos y procedimientos con fines no infractores. Por último, es posible utilizar el criterio de los fines que persiguen los actos preparatorios para graduar las sanciones que correspondan, o excluirlas en determinados casos, sancionando de mayor manera las conductas que tengan por único objeto el enriquecimiento del agente que las desarrolla, que aquellas que se dirijan a otros fines, tales como proporcionar medios de elusión para realizar actos autorizados por el Derecho de Autor.

· En cuanto al tipo de sanciones impuestas a la elusión de las MTP

- a) Sólo sanciones civiles
- b) Sólo sanciones penales
- c) Combinación de sanciones civiles y penales
- d) Sanciones administrativas

Una combinación de cualquiera de estas alternativas es posible, algunas tendrán más sentido en el caso de sanción de los actos de elusión, mientras que otras lo harán en el caso de las prohibiciones dirigidas a la producción y comercialización de mecanismos de elusión.

4.- CONFLICTOS ENTRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA BRINDADA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR QUE RESGUARDAN EL ACCESO A LA CULTURA

Tradicionalmente, el Derecho de Autor no reglamenta el acceso a la información, porque controlar el acceso a las obras no forma parte de las prerrogativas que reconoce el Derecho de Autor a los autores y titulares de derechos.²⁴ Sin embargo, el advenimiento de la utilización masiva de las MTP amenaza con extender de facto el monopolio de los autores y titulares de derechos, más allá de lo hasta ahora posible y jurídicamente aceptable.²⁵

El surgimiento de mecanismos técnicos de protección, no puede ser tomado como una oportunidad para desbordar las prerrogativas tradicionalmente reconocidas por el Derecho de Autor. Las MTP cumplen bien la función de proteger a los autores, pero llevadas al extremo pueden borrar los derechos sociales cuya tutela en el ámbito digital, es también imperiosa.²⁶

La finalidad primordial con la que se ha implementado el uso de las MTP es la de proteger los derechos de autor. Sin embargo, el verdadero derecho de acceso que se crea cuando se opta por la sanción de la elusión de las MTP, sin consideración a si luego de vulnerarlas se produce efectivamente una infracción al derecho de autor, amenaza formas tradicionales de uso de obras protegidas por el Derecho de Autor, que hasta

24 Ver Jessica LITMAN, "Digital Copyright", 2ª ed, Prometheus Books, New York, 2006, pp. 78 y 79; Wencke BÄSLER, "Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany: How Much Fair Use Do We Need in the 'Digital World?'" [en línea] <http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf> [Consulta: 08 de junio 2006] p. 26.

25 Ver John ROTHCHILD, "Economic Analysis of Technological Protection Measures" [en línea] Oregon Law Review Vol. 84, 2005 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742864> [Consulta: 26 de septiembre 2006] p. 500 y ss.

26 RODRÍGUEZ, Sofia. Op. Cit. Pág. 98.

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

ahora eran libres y gratuitas, con miras a facilitar el acceso a la cultura y asegurar la disponibilidad de elementos para ejercer de manera adecuada el derecho humano a la educación.

Si bien es cierto, que las excepciones y limitaciones contempladas al Derecho de Autor siguen manteniendo su vigencia, por lo menos en lo que respecta a las obras contenidas en formatos no protegidos por MTP, la reducción de la posibilidad de acceder a la cultura y a la información, debiendo limitarse a la utilización de formatos de menor calidad o de mayor dificultad de acceso, presenta el peligro indudable de crear una división social, entre aquellas personas y países que disponen de los medios económicos para pagar por la desactivación de las MTP de una obra en cada uso, y aquellos que no los poseen, discriminación que sin duda atenta contra la dignidad humana, y atropella en la práctica el espíritu del derecho a la educación y al acceso a la cultura.

La situación anterior siempre ha sido temperada por la existencia de excepciones y limitaciones que aseguran el acceso a las obras de una manera libre y gratuita (o al menos a un costo razonable), con fines educacionales y de asegurar la libre circulación de la información. Por tanto, la única manera en que se puede evitar la colisión de la protección jurídica brindada a las MTP con estos derechos humanos, es garantizando el respeto de tales excepciones y limitaciones tradicionales, y realizando las reformas o inclusiones necesarias para que ellas se adapten y sean realmente efectivas, en los nuevos escenarios que las modernas tecnologías construyen.

La posibilidad de que los beneficiarios de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, puedan ejercerlas libremente puede encontrarse amenazada en el entorno digital por la utilización de MTP destinadas al control de acceso y utilización de obras digitales, porque hasta ahora, las MTP desplegadas por autores y derechohabientes para protección de sus derechos, como todo mecanismo técnico, carecen de la sensibilidad para detectar y permitir conductas que se enmarcan dentro del ejercicio de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor.

La protección legal brindada a las MTP para desalentar su elusión, puede acentuar el peligro de que las MTP conduzcan a la exclusión de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor en el entorno digital.

Las MTP, permiten a los titulares de derechos crear sus propias reglas respecto de lo que puede o no hacerse en relación a las obras, pudiendo ignorar muchas veces los intereses de los usuarios, o los de la sociedad en definitiva, que se reflejan en las prescripciones del Derecho de Autor.

Teóricamente al menos existirían tres vías para compatibilizar la protección jurídica de las MTP con el respeto por las excepciones y limitaciones al derecho de autor. La primera de ellas sería la creación de estándares para el diseño de MTP, cautelándose

de esta forma que los mismos mecanismos técnicos contemplen cierto espacio para el ejercicio de actos exceptuados, opción que dependerá claro está del estado de avance de la técnica que permita a estos dispositivos discriminar entre diversas situaciones.²⁷

Una segunda opción es limitar la sanción de la elusión de las MTP, en aquellos casos en que ella se realice con el fin de ejercer excepciones o limitaciones al derecho de autor. Una aproximación como esta daría a los usuarios el derecho de eludir las MTP en los casos especificados por la ley. El problema de este enfoque, es que no se hace cargo del problema consistente en que los beneficiarios de las correspondientes excepciones y limitaciones cuenten con las herramientas necesarias para eludir las MTP, lo que puede transformar en decorativa una provisión en este sentido.

En último término, se ha planteado la creación de un sistema de “depósito de claves”. Bajo esta aproximación, el usuario que se beneficie de una excepción o limitación, no debe desarrollar por su cuenta las herramientas que le permitan llevar a cabo la elusión. Por el contrario, podrá obtener los medios apropiados de un ente que se encargue de almacenar tales medios, para hacerlos disponibles en las hipótesis previstas por la ley. Esta tarea puede ser desempeñada por la autoridad o por algún organismo independiente, que conjugue los intereses de los usuarios y de los titulares de derechos.²⁸ El problema de este enfoque, radica en el excesivo costo que puede implicar para el usuario el desarrollar un procedimiento en el que deberá demostrar al organismo administrador del sistema de depósito, que se encuentra en situación de ser beneficiario de una excepción o limitación.

Cualquiera de estas opciones puede resultar adecuada para conseguir el objetivo de la compatibilización, así como una combinación de ellas también podría ser útil, lo único que no puede hacerse en esta materia es obviar el tema del respeto a las excepciones y limitaciones al derecho de autor al brindar protección jurídica a las MTP.

27 En este sentido ver Stefan BECHTOLD, “From Copyright to Information Law. Implications of Digital Rights Management” [en línea] <http://www.jura.unituebingen.de/bechtold/pub/2002/DRM_Information_Law.pdf> [Consulta: 15 de julio 2006] pp. 228 y 229; Dan BURK y Julie COHEN, “Fair Use Infrastructure For Copyright Management Systems” [en línea] <<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/tprcfairuseinfra.pdf>> [Consulta: 26 de septiembre 2006] pp. 12 a 15.

28 Esta solución ha sido adoptada por la ley portuguesa, la cual dispone que los titulares han de proceder al depósito legal de los medios técnicos, que permitan a los usuarios ejercer las excepciones a las que tienen derecho ante la Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), un órgano dependiente del Ministerio de Cultura, sin perjuicio de que puedan alcanzarse también acuerdos voluntarios entre los interesados. De esta forma, si un usuario no puede ejercer una excepción, puede solicitar a la IGAC el acceso a los medios para abrir la protección que han sido objeto de depósito legal. En caso de desacuerdo, resuelve la Comisión de Mediación y Arbitraje sobre Propiedad Intelectual, que dispone de un plazo máximo de tres meses para concluir el asunto. Ignacio GARROTE, Op. Cit., p. 103.

La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

5.- REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN EN CHILE

A nuestro país estas cuestiones no le resultan ajenas, sino que muy por el contrario, a través de la suscripción de tratados internacionales²⁹ ha contraído obligaciones que lo han puesto en la necesidad de tomar decisiones políticas y jurídicas para regular estas materias. A la hora de tomar estas decisiones, no se debe perder de vista el horizonte representado por el indispensable equilibrio entre los intereses de autores, titulares de derechos de autor y de la sociedad toda, del que hemos hablado hasta aquí.

Esto se vuelve aún más relevante, cuando una de las opciones por la que mayoritariamente se ha optado en el Derecho Comparado ha sido sancionar penalmente las conductas de elusión de las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor, ya que por esta vía pueden aumentarse de manera sustancial los derechos fundamentales afectados en pos de la protección del derecho de autor.

Este fenómeno responde, en general, a la tradición de asociar a la vulneración de los derechos de autor una sanción penal, y en particular, a la necesidad de brindar una férrea protección a estos dispositivos técnicos, con el fin de asegurar el desarrollo de un mercado de obras en formato digital.

¿Se justifica realmente la aplicación de una sanción penal en estos casos? ¿Debe seguir a ciegas nuestro país la experiencia comparada o es necesaria una reflexión político-criminal a este respecto? En otro lugar hemos realizado un pormenorizado análisis de la conveniencia de recurrir a la protección penal frente a la elusión de las MTP, en estas breves líneas sólo adelantaremos nuestra conclusión: creemos que la penalización de conductas que atenten contra las MTP, sólo debe tener lugar en aquellos casos en que exista un consenso social amplio acerca de la alta lesividad a los derechos de autor de las conductas a penalizar. De otra forma, se estarán creando disposiciones encaminadas a transformarse en letra muerta, por cuanto ni la conciencia popular ni el aparato judicial estarán en condiciones de asegurar su cumplimiento.

A nuestro juicio, los requisitos para la penalización de conductas no se cumplirán en todos aquellos casos en que la vulneración de MTP se encuentre asociada a actos sin fines de lucro, debiendo reservarse la sanción penal sólo para aquellos casos en que las actividades elusivas o preparatorias tengan propósitos comerciales.

29 Contienen compromisos en este sentido los Tratados de la OMPI de 1996 (TODA y TOIEF), ratificados por Chile en el 2001, y cuya entrada en vigor se registró para nuestro país el 6 de marzo y 20 de mayo de 2002, respectivamente; y el Tratado de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica. En el caso de este último cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de enero de 2004, y que contenía una disposición específica que señalaba un plazo de 4 años para establecer una regulación en materia de MTP, con la llegada del 1 de enero del presente año, nuestro país se encuentra incumpliendo el compromiso internacional suscrito al carecer a la fecha de una regulación de la materia.

Por supuesto, esto no quiere decir que no puedan adoptarse otro tipo de medidas y sanciones para la protección de las MTP, únicamente se trata de hacer presente que el recurso penal debe usarse sólo en aquellas situaciones más extremas y potencialmente más dañinas para los derechos de autor, cumpliendo así el Derecho Penal su condición de ultima ratio.

Si finalmente nuestro país opta por la penalización de algunas conductas elusivas, esta opción sólo debiera reservarse para aquellos casos de amenaza más grave a los legítimos intereses de los titulares de derechos, y por supuesto siempre que esta amenaza se encuentre en directa relación con una potencial infracción posterior a los derechos de autor.

En todos aquellos casos en que la sanción penal se implemente conforme a los criterios recién enunciados, se debe proceder además con extrema cautela al fijar el tipo y grado de la pena, asegurando de esta forma la proporcionalidad necesaria para garantizar la coherencia del sistema penal.

Por último al diseñar el marco jurídico en materia de medidas tecnológicas de protección, el esquema de prohibiciones y sanciones adoptado en definitiva por nuestro país, debe tener en consideración el debido respeto al ejercicio de las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Es imprescindible que al regular las medidas tecnológicas se consagre algún tipo de mecanismo que asegure la vigencia práctica de las excepciones y limitaciones. La experiencia del Derecho Comparado demuestra que las formas de cumplir con este objetivo son múltiples, presentando cada una de ellas diferentes niveles de eficacia. Alcanzar este objetivo no sólo es necesario si se desea construir una regulación jurídica completa y equilibrada de las medidas tecnológicas de protección, sino que es también un imperativo propio del Derecho de Autor que ha buscado siempre alcanzar un justo balance entre los derechos e intereses que lo conforman y con ello garantizar tanto la producción de la creación como el acceso a ella.

DERRIBANDO ALGUNOS MITOS EN TORNO A LA INGENIERÍA INVERSA DE SOFTWARE

José Luis Baro Ríos¹

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- 1.- MARCO CONCEPTUAL.- 2. PRINCIPALES APLICACIONES DE LA DESCOMPILACIÓN.- 3. ANÁLISIS ECONÓMICO Y SOCIAL.- 4.- PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE.- 5.- LA INGENIERÍA INVERSA DE SOFTWARE ES UNA ACTIVIDAD DE CARÁCTER NEUTRO.- 6.- RECONOCIMIENTO DE LA DESCOMPILACIÓN.- 7. LA INGENIERÍA INVERSA DE SOFTWARE COMO EXCEPCIÓN.- 8.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado acerca de la amenaza que el reconocimiento de la ingeniería inversa de software, como excepción o limitación a los Derechos de Autor, representa para los intereses de los derechohabientes. Se ha dicho que su establecimiento dentro del nuevo catálogo de excepciones y limitaciones que se pretende introducir en la actual revisión a nuestra legislación autoral podría transformar a nuestro país en un verdadero “paraíso de la piratería”. El poder de la retórica en el momento y lugar adecuados puede ser insuperable. Con todo, ni el autor del proyecto de reforma, ni los detractores de la descompilación en nuestro país, se han detenido a precisar en qué consiste la ciencia que pasará a ocupar las líneas que siguen del presente trabajo. Por ello y con la esperanza de que el mismo constituya un aporte oportuno a la discusión, intentaré hacerme cargo de dicha tarea.

Sólo sabiendo exactamente qué es la ingeniería inversa de software o descompilación y conociendo sus aplicaciones prácticas y beneficios para el avance de las ciencias y de la innovación y desarrollo en nuestra economía, podremos saber si la misma es pro-

¹ José Luis Baro Ríos es abogado por la Universidad de Chile. Actualmente, integra el estudio jurídico García Magliona & Compañía Abogados, en el área de propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del entretenimiento. Durante los últimos años se ha dedicado a la investigación de la regulación de los derechos de propiedad intelectual sobre obras y prestaciones protegidas en el entorno digital, en general, y al tratamiento jurídico del software, en particular.

cedente desde el punto de vista de los principios generales que informan el Derecho de Autor, tales como la exigencia de originalidad, cuya contrapartida es la exigencia de que la obra en cuestión no se encuentre en el dominio público y, en especial, respecto de la dicotomía idea vs. expresión. Del mismo modo, podremos determinar si esta disciplina resultará efectivamente perjudicial para los intereses de los titulares de los derechos sobre los programas descompilados, teniendo presente el gran nivel de protección de que estas obras cuentan a partir de la última revisión a la Ley N° 17.336 del año 2003.

1.- MARCO CONCEPTUAL

La ingeniería inversa constituye una disciplina de larga data y que ha sido durante mucho tiempo una herramienta puesta a disposición del progreso tecnológico. Podemos definir la ingeniería inversa como “el proceso encaminado a obtener, a partir de toda creación humana, (...) fragmentos perdidos de conocimiento, ideas y filosofía de diseño cuando esa información no se encuentra disponible, ya sea porque su propietario no desea compartirla o porque la información en sí misma, se ha extraviado o destruido”. En otros términos, el proceso a través del cual un artefacto diseñado a partir de un método ingenieril (como un automóvil, la turbina de un avión o un programa computacional) es descompuesto, de una forma que revela sus detalles más internos, tales como su diseño y arquitectura.²

Si todo proceso ingenieril encaminado a la producción de un bien intelectual se inicia con la concepción de una idea en la mente del creador, seguida por la definición de los modelos o técnicas a seguir, diseño y desarrollo de prototipos para culminar con la invención o creación determinada, entendida como expresión única de la idea inicialmente concebida, podemos afirmar que la ingeniería inversa sigue el camino contrario: tomando el bien intelectual acabado, se procede a su descomposición o desensamblaje, siguiendo un camino en reversa para llegar a conocer los detalles internos de su diseño, la forma como opera hasta llegar a la aprehensión de la idea misma en los niveles o capas mayores de abstracción.³

La importancia de la ingeniería inversa radica en que ella permite a los investigadores avanzar en aquellos campos en los cuales la innovación es acumulativa. Es por ello que se ha sostenido que la ingeniería inversa constituye “una parte esencial de la innovación” capaz de producir variaciones en un producto “que pueden conducir a avances significativos en la tecnología”.⁴

2 EILAM Eldad, “Reversing: secrets of reverse engineering”, Wiley Publishing Inc. Indianapolis, Indiana, 2005, p. xxiv.

3 En el mismo sentido, vid. Electronic Frontier Foundation - Brief of Amicus Curiae on Behalf of IEEE-USA, in DVD-CCA v. Bunner CA; July 5, 2000. [en línea] <http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case/20000705_def_ieee_appeal_amicus.html#position> [consulta: 15 de septiembre de 2007]

4 Ver sentencia Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989) [en línea] <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&friend=nytimes&court=US&case=/us/489/1_41.html> [consulta:

Por su parte, la ingeniería inversa de software puede ser definida como “el proceso consistente en analizar un sistema dado, con el objeto de identificar los componentes de dicho sistema y sus interrelaciones y crear representaciones del mismo en otra forma o en un nivel de abstracción mayor”.⁵ Este proceso permite visualizar la estructura del software, las formas en que opera, y las características que manejan su comportamiento.

En los aparatos e invenciones de carácter tangible, el proceso de ingeniería inversa se inicia con la descomposición o desensamblaje del objeto que se pretende estudiar, a fin de entender su estructura general: de qué está hecho y qué lo hace funcionar, información que podrá ser aplicada para entender y mejorar la tecnología en él contenida en futuros proyectos. Por ello se dice que en la industria manufacturera tradicional, esta disciplina es empleada principalmente para el desarrollo de nuevos productos, innovadores y competitivos. En el caso del software esta disciplina se diferencia de la regla general antes descrita, en dos aspectos: la forma o método que se emplea para ponerla en práctica y el objetivo principal al cual se apunta por intermedio suyo.

La diferenciación en la forma o método empleado para practicar ingeniería inversa a un programa computacional, viene dada por la estructura particular de este tipo de obras, esto es, por los lenguajes en que las mismas se encuentran expresadas en sus distintas fases de desarrollo. Hablamos, en este sentido, de software expresado en lenguaje de alto nivel o código fuente y de software expresado en lenguaje de máquina, o código objeto. La ingeniería inversa de software consta fundamentalmente de tres fases: descompilación, análisis y estudio, y aplicación de las ideas extraídas.

La descompilación es el proceso a través del cual se procede a traducir el código objeto del programa a un lenguaje susceptible de ser leído y entendido por los seres humanos, esto es código fuente o lenguaje de programación. El proceso de descompilación no genera una versión de dicho código como originalmente fue escrito, sino más bien una “reconstrucción plausible” de porciones del código original, de la forma como pudo haberlo expresado su creador.⁶ En este punto, cabe hacer presente que la descompilación requiere que el programa descompuesto sea al menos copiado una vez en el disco del sistema empleado para llevar a cabo el proyecto.

El estudio y análisis, a partir de la “aproximación” al código fuente, obtenida durante el proceso de descompilación, el investigador puede discernir o deducir los detalles internos del diseño del programa, los elementos que le dan su funcionalidad

09 de septiembre de 2007]

5 E. J. CHIKOFFSKY y J. H. CROSS, “Reverse Engineering and Design Recovery: a Taxonomy”, IEEE Software, 7:13-17, January 1990, en Eldad EILAM, Op. Cit., p. viii.

6 Julie E. COHEN and Mark A. LEMLEY, “Patent Scope and Innovation in the Software Industry”, 89 Calif. L. Rev. 1, 6 (2000), en Pamela SAMUELSON y Suzanne SCOTCHMER, “The Law & Economics of Reverse Engineering” [en línea] <<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/l&e%20reveng3.pdf>> [consulta 09 de septiembre de 2007], p. 28.

única, así como aquellos que permiten la obtención de la compatibilidad operativa con otro dispositivo, aplicación o plataforma.

Finalmente, la aplicación de los conocimientos e ideas extraídas a partir del estudio del código fuente. El conocimiento adquirido durante el estudio de los fragmentos de código fuente obtenidos a partir de la descompilación puede ser empleado para diversos fines, tales como evaluación de la calidad del programa, investigaciones en criptografía o en el desarrollo de nuevos programas compatibles o competitivos.

La aplicación de técnicas de ingeniería inversa a un software, toma sentido en atención a la licencia con que su creador lo distribuye.⁷ En este sentido, existen una serie de programas cuyo código fuente se encuentra disponible al público, lo cual hace innecesario el proceso de descompilación para conocer su diseño, características y funcionalidad. Así, encontramos el llamado software libre (free software), que es aquel que puede ser usado, estudiado, modificado, copiado y redistribuido en su versión original o modificada, en uno u otro caso, sin restricciones, o sólo con las limitaciones necesarias para asegurar que los usuarios finales gocen de la misma libertad que los creadores originales. De otra parte el llamado software de código abierto (open source software) comparte con el software libre la última característica, esto es, el tener su código fuente disponible para los usuarios.

Sin embargo, la mayor parte del software en circulación obedece a la categoría opuesta a las antes descritas: el llamado software no libre, privado o privativo (“proprietary software”), en el cual el código fuente no se encuentra disponible, resultando necesario obtener autorización expresa del titular de los derechos sobre el mismo, para estudiarlo y trabajar sobre él. Es sólo respecto de esta categoría de software que la aplicación de técnicas de ingeniería inversa toma sentido.

2.- PRINCIPALES APLICACIONES DE LA DESCOMPILACIÓN

Podemos dividir las aplicaciones de la descompilación en dos grandes apartados: seguridad y desarrollo.

En sede de seguridad la descompilación juega un rol importantísimo en el estudio y desarrollo de mecanismos de defensa contra el software malicioso o malware. Es, de hecho, la técnica utilizada por los fabricantes de antivirus para actualizar las bases de datos de sus programas y actualizarlos en beneficio de sus clientes.

En el mismo apartado, la descompilación tiene gran aplicación en el terreno de los estudios de codificación y encriptado. El objetivo de la encriptación en el entorno

⁷ Mark LEMLEY, Peter MENELL, Robert MERGES y Pamela SAMUELSON, “Software and Internet Law”, 3th Ed., Aspen Publishers. NY. U.S., 2006, p. 299.

numérico es hacer que el acceso a la obra codificada esté reservado sólo para quien posea una determinada clave o llave (key). Esta llave es conocida como algoritmo criptográfico (cryptographical algorithm, también conocido como cipher) que no es más que una función matemática utilizada para encriptar y desencriptar. Por medio de ingeniería inversa aplicada al software, puede determinarse el nivel de seguridad proporcionado por un determinado sistema de acceso condicionado. En consecuencia toda actividad de investigación en materia de encriptación es, en sí misma, una actividad de ingeniería inversa.

Las llamadas medidas tecnológicas de protección, se basan fundamentalmente en las tecnologías de codificación y encriptado. Ellas constituyen mecanismos insertos sobre obras y prestaciones protegidas por el Derecho de Autor, por parte de los derechohabientes y que están destinadas a controlar el acceso a las mismas, así como los usos que se pueden realizar de ellas. Aunque las mismas son aplicables a toda clase de obras y prestaciones protegidas, nos referiremos a las que se encuentran insertas en obras expresadas en lenguaje numérico, esto es, en formato digital.

Las medidas tecnológicas de protección pueden agruparse en dos grandes grupos: medidas tecnológicas de control de acceso y medidas tecnológicas de control de uso.

Las primeras, también conocidas como medidas de acceso condicionado, son aquellas que impiden el acceso a la obra si el usuario no cumple con la condición impuesta por el titular de los derechos sobre la misma, principalmente, el pago de la remuneración debida por la adquisición del soporte que la contiene o su descarga desde un servidor determinado. Por ejemplo, en el ámbito de las obras cinematográficas, pueden citarse las divisiones por áreas geográficas asignadas a los DVD que impiden su reproducción en un país diferente de aquel en el que se ha adquirido el soporte respectivo.

El segundo grupo, esto es las medidas tecnológicas de control de uso, corresponden a todos aquellos mecanismos insertos en una obra y que limitan los usos y actividades que pueden realizar los usuarios de la misma, en relación con la facultad exclusiva de explotación garantida por la ley al titular de los derechos de autor, esto es, la reproducción, comunicación, publicación o puesta a disposición del público. Dentro de este segundo grupo se incluyen, asimismo, las medidas destinadas a identificar las obras y prestaciones a fin de rastrear su utilización (CMI) y las destinadas a posibilitar la gestión electrónica de los derechos (DRM).

La ingeniería inversa de software, mirada desde la perspectiva de las MTP reviste una importancia tremenda, tanto para los titulares del derecho de autor, como para la comunidad de usuarios de este tipo de obras. Para los primeros, la ingeniería inversa constituye una herramienta de gran utilidad para las investigaciones de codificación y encriptado, y de este modo sirven para detectar las vulnerabilidades o brechas de

seguridad y buscar la solución para hacerlo más seguro y robusto. Mientras que, desde el punto de vista del usuario legítimo de este tipo de obras, de quien ha adquirido el soporte por medios válidos, en ocasiones las MTP pueden impedir un uso de la obra de una manera para la cual el primero se encuentra autorizado, ya sea en virtud de una excepción o limitación expresamente contemplada en la legislación autoral o, bien, por estimarse que el uso que se pretende hacer de la obra es de carácter legítimo o razonable, en aquellos sistemas donde la doctrina del fair use resulta aplicable. Aquí la ingeniería inversa es útil para restablecer la vigencia de tales legítimos usos.

Siguiendo en el terreno de la seguridad, la ingeniería inversa sirve para el estudio de la calidad del código de un software privado o privativo por medio de la auditoría de sus binarios. Finalmente, puede detectarse mediante la descompilación el empleo del código ajeno, por parte de un tercero, en el marco de una pericia realizada para detectar una infracción al derecho de autor por haberse incurrido en la copia de los elementos literales del programa, al desarrollar un programa independiente.

Pasaremos ahora a analizar las mayores aplicaciones de esta ciencia en el apartado de desarrollo de software independiente: la compatibilidad operativa y el desarrollo de programas competitivos.

La interoperabilidad es el terreno donde los programadores e informáticos en general pueden verse mayormente beneficiados por la aplicación de la ingeniería inversa. Consiste en el desarrollo de un programa que se comunique con un componente desarrollado por otra compañía. Si un programador desea desarrollar un programa para una determinada plataforma, debe tener acceso a especificaciones muy precisas sobre la forma en la cual los servicios brindados por la misma pueden ser solicitados y obtenidos.

El desarrollador de una nueva plataforma puede optar por hacerla compatible, publicando sus interfaces o bien, ponerlas a disposición del público mediante licencias de open source software. En ambos casos, la aplicación de ingeniería inversa, resulta innecesaria para que los desarrolladores puedan adaptar sus programas o bien desarrollar nuevas aplicaciones para la plataforma en cuestión.

El desarrollador de una plataforma puede optar, sin embargo, por la vía contraria, esto es, restringir el acceso a sus interfaces, extendiendo licencias restringidas a desarrolladores independientes.⁸ ¿Qué sucede en aquellos casos en los cuales una compañía independiente decide desarrollar por sí una aplicación compatible con una determinada plataforma no libre, privada o privativa, sin adquirir licencia alguna? Esto, que en principio puede parecer ilegal, especialmente a la luz de la protección brindada a los

8 M.M. MOORE, "A license to practice software engineering", Software IEEE, Vol. 20, Año 2003 {en línea} <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/freabs_all.jsp?tp=&arnumber=1196335&isnumber=26915> {consulta: 11 de septiembre de 2007}.

programas computacionales por las leyes de propiedad intelectual, las licencias de desarrollo extendidas por el fabricante y la concesión de patentes que resguardan este tipo de creaciones en algunas legislaciones, es una cuestión que se ha suscitado en la práctica, especialmente por la concurrencia de dos factores: los efectos globales asociados al mercado de algunas plataformas informáticas y el contenido de las licencias extendidas por el fabricante.

Ciertas plataformas, como los sistemas operativos, se caracterizan por encontrarse insertas en un mercado que tiende hacia la estandarización alrededor de un solo producto, en atención a que los consumidores se benefician al trabajar en la misma plataforma que todo el mundo utiliza. Esta situación confiere, en el hecho, a los fabricantes de determinados sistemas operativos una posición dominante en el mercado.⁹ El titular de los derechos sobre una plataforma dominante goza, asimismo, de un amplio margen para imponer las condiciones bajo las cuales extenderá una licencia para el desarrollo de programas compatibles con ella. Al optar por el desarrollo de una plataforma no libre, el dueño adquiere un poder considerable sobre las aplicaciones que funcionarán en ella.

El mercado potencial del desarrollador independiente se ve, en esos términos, considerablemente coartado. Es un tema de estudio de costo/beneficio y el interés de los desarrolladores independientes por proceder a la descompilación para no verse atados por dichos términos y condiciones desfavorables, quedó de manifiesto en el caso *Sega vs Accolade*, de principios de los años noventa en los EEUU.

Ahora, distinto es el caso respecto del empleo de la descompilación para el desarrollo de programas nuevos que compitan con el producto referencial, descompilado o estudiado. La práctica de ingeniería inversa sobre la totalidad de un programa, para el desarrollo de otro más competitivo, no es rentable. El proceso de descompilación demanda el consumo de mucho tiempo y recursos. De no contarse con las herramientas ni la experticia adecuadas, las posibilidades de éxito son inciertas.

En consecuencia y a diferencia de lo que ocurre en materia de desarrollo de aplicaciones compatibles, donde la ingeniería inversa ha demostrado ser una herramienta muy eficiente colocada a disposición de los desarrolladores independientes, en materia de programas competitivos es mucho más sustentable desde el punto de vista financiero, optar por el desarrollo de un nuevo código desde cero o bien licenciar los componentes más complejos de la tecnología empleada por terceros desarrolladores.¹⁰

9 Peter S. MENELL, "Tailoring Legal Protection of Computer Software", en Mark LEMLEY, Peter MENELL, Robert MERGES y Pamela SAMUELSON, Op. Cit., p. 289.

10 Pamela SAMUELSON y Suzanne SCOTCHMER, Op. Cit., p. 32.

3.- ANÁLISIS ECONÓMICO Y SOCIAL

Pamela Samuelson y Suzzane Scotchmer, ponderan los beneficios económicos de esta actividad, en el terreno de la elaboración de programas compatibles, en torno a cuatro criterios de bienes sociales: incentivo al desarrollo de plataformas no compatibles, incentivo al desarrollo de aplicaciones, nivel de los precios y nivel de gastos innecesarios en la producción de software.¹¹

En primer lugar, el incentivo al desarrollo de plataformas no compatibles disminuye. Si los desarrolladores pueden acceder a la plataforma gracias a la ingeniería inversa, el poder del dueño de la misma sobre el mercado disminuye. Como consecuencia de ello, se verá forzado a extender licencias en términos más favorables para los terceros desarrolladores. Con todo, los perjuicios patrimoniales que potencialmente pueden sufrir los titulares de los derechos sobre la plataforma se ven atenuados por dos factores: a) el carácter lento y costoso de la ingeniería inversa de software, y, b) El nivel de entrada de los terceros en el mercado.

En segundo lugar, el incentivo al desarrollo de aplicaciones aumenta, desde que el acceso a las interfaces de la plataforma, posibilitado gracias a la ingeniería inversa, permite el ingreso al mercado de un gran número de programas creados por desarrolladores independientes. La apertura de las interfaces permite a terceros desarrolladores ingresar al mercado sólo en el nivel de las aplicaciones, en lugar de verse constreñidos a ingresar en el de las plataformas y las aplicaciones. Además, la ingeniería inversa no sólo incentiva a terceros desarrolladores a crear nuevas aplicaciones, sino también adaptar las existentes a múltiples plataformas.

En tercer lugar, los efectos de la ingeniería inversa sobre el precio de las aplicaciones (factor que constituye el principal impacto sobre la comunidad desde que se traduce en la posibilidad de acceder a este tipo de obras, por parte de los diversos sectores de la sociedad), es un tema discutido. Por regla general, cuando la ingeniería inversa es procedente, en un escenario tradicional manufacturero, el nivel de los precios tiende a la baja, al introducirse mayor competencia en el mercado. Con todo, en la materia que estamos tratando, la tendencia, según algunos comentaristas, es la contraria: los precios son más altos cuando los sistemas son compatibles, que cuando no lo son¹², fundamentalmente por dos razones: a) la competencia entre plataformas no compatibles es más fuerte que

11 *Ibidem*, Op. Cit., pp. 37 y ss.

12 Ver Douglas LICHTMAN, "Property Rights in Emerging Platform Technologies", 29 *J. Legal Stud.* 615 (2000); Julie E. COHEN and Mark A. LEMLEY, "Patent Scope and Innovation in the Software Industry", 89 *Calif. L. Rev.* 1, 6 (2000); Carmen MATUTES and Pierre REGIBEAU, "Mix and Match: Product Compatibility Without Network Externalities", 19 *RAND J. Econ.* 221 (1988); Jeffrey CHURCH and Neil GANDAL, "Systems Competition, Vertical Merger and Foreclosure", 9 *J. Econ. & Mgmt. Strategy* 25 (2000); Augustin COURNOT, "Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth" (1838); Pamela SAMUELSON y Suzanne SCOTCHMER. Op. Cit., p. 39.

entre aquellas que lo son, lo cual conduce a una baja en los precios; b) si una sola compañía vende piezas complementarias como un todo, lo hará a un precio total más bajo que dos compañías vendiendo los componentes por separado, beneficiando tanto a los consumidores como a la propia firma.

Por otro lado, se sostiene que la inexistencia de plataformas compatibles puede traducirse en bajos precios, en el corto plazo, pero en el mediano y largo plazo puede llegarse a una alza considerable de los mismos. La incompatibilidad puede llevar a una guerra de precios en pos de alcanzar la estandarización, dejando en definitiva una sola plataforma en el mercado. Sin embargo, con interfaces privativas inmunes a la ingeniería inversa, los consumidores pueden encontrarse con precios bajos en un principio, pero más altos, en el mediano y largo plazo, tras la victoria de un solo sistema en la “guerra por la estandarización” y la desaparición de la presión por mantener el nivel de los precios.¹³

Finalmente, en cuarto lugar, en cuanto a la duplicación o gastos innecesarios en la producción de nuevos programas, la misma puede producirse, en este contexto, en tres actividades: la ingeniería inversa, en sí misma; el desarrollo de medidas tecnológicas de protección que impidan la descompilación del código de la plataforma, y en el desarrollo de diferentes aplicaciones para diferentes interfaces en lugar de una sola aplicación multiplataforma. De prohibirse la ingeniería inversa, podrían evitarse las dos primeras, pero la duplicación de gastos se produciría en el desarrollo de distintos programas con igual funcionalidad para distintas plataformas. A contrario sensu, de legitimarse la descompilación, podrían desarrollarse programas multiplataforma y evitar la duplicación de gastos en este apartado, no así en las dos primeras actividades antes citadas.

Como se puede apreciar, en la teoría, el reconocimiento de la ingeniería inversa de software para la obtención de compatibilidad operativa puede acarrear, a nivel económico y social, efectos eclécticos. Con todo, ponderando todos los factores antes expuestos, su legitimación resultaría beneficiosa para la comunidad en su conjunto, desde que se incentivaría ampliamente el desarrollo y distribución de nuevos programas multiplataforma y de gran calidad.

4.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOBRE EL SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN AUTORAL: ALCANCE DEL DERECHO EXCLUSIVO DE REPRODUCCIÓN

En nuestro sistema autoral, a los programadores, esto es, los autores del software, no cabe sino reconocérseles todo el catálogo de derechos patrimoniales, esto es, de reproducción, publicación, adaptación y ejecución o comunicación pública, y morales, como el de reivindicar la paternidad de la obra, el de protección de su integridad e

13 Ibid.

incluso el derecho al inédito. En el caso de los publishers y empresas desarrolladoras de software, en su calidad de titulares derivados del Derecho de Autor, les debemos reconocer toda la gama de derechos patrimoniales de autor. Con todo, en el presente apartado, nos referiremos al alcance del derecho exclusivo de reproducción, en relación a las infracciones que se pueden suscitar en el marco del desarrollo de programas por parte de terceros o, dicho de otra manera, cuáles son los elementos que se estiman protegidos en un programa computacional y por ende no se pueden emplear en el marco del desarrollo de nuevas obras.

No nos referiremos a la “clonación de las obras”, entendida como la reproducción exacta y no autorizada ni amparada en la excepción contemplada en la ley de propiedad intelectual, respecto de un programa computacional expresado en lenguaje de máquina en un soporte idéntico al matriz, conducta que puede ser fácilmente subsumida en las infracciones contempladas en el citado cuerpo legal, ya sea considerada como reproducción no autorizada o como piratería, cuando la misma es realizada en un contexto lucrativo.

El estatuto jurídico de los programas computacionales, como lo conocemos hoy en día ha sido producto de un intenso debate que se inició desde el nacimiento de la industria informática hace casi 50 años. Al decantarse el concepto de programa computacional, como “conjunto de instrucciones destinadas a ser ejecutadas por un ordenador para el logro de fines específicos”, se estimó que dicho “conjunto de instrucciones” era lo que mejor calzaba para describir este tipo de obras, como bienes intelectuales, asimilándoselos a las “obras literarias”. Sin embargo, el carácter utilitario de los mismos ha traído como consecuencia que, hasta el día de hoy, los derechohabientes busquen su protección bajo el sistema de patentes (situación aceptada por los servicios respectivos, en los Estados Unidos) e incluso en la institución del secreto de fabricación. Algunos sistemas, como el brasileño, aceptan un tratamiento jurídico sui generis para este tipo de obras.

Hoy en día el régimen de protección autoral de este tipo de obras es aceptado de manera casi universal.¹⁴ En consecuencia la protección brindada a los programas computacionales alcanza tanto a sus elementos literales, esto es, el texto mismo como a sus elementos “no literales”, esto es, aquello que sin estar en el texto mismo, fluye de la obra como su apariencia, la sensación que provoca en el usuario y que reúne la exigencia de originalidad suficiente para ser considerado como expresión de una idea, digna de protección ¿Cómo llevamos estos principios al terreno del software?

La Ley N° 17.336 establece que quedan especialmente protegidos los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y

14 Vid. Artículo 4 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996.

manuales de uso. De esta manera, nuestra legislación autoral protege los derechos de los autores y titulares del derecho de autor en cuanto recaen sobre los siguientes elementos del software:

- Se reconoce la protección del programa ya sea se encuentre expresado en lenguaje de programación (código fuente) o de máquina (código objeto). En uno u otro caso, estamos hablando de los elementos literales del programa computacional. La copia de los mismos se da cuando el infractor toma directamente el texto de la obra, en el caso del programa, no su organización o resultado, sino el código fuente u objeto en sí. No hablamos de “similaridad substancial”, sino del empleo directo de estos elementos.¹⁵

- Los accesorios del programa computacional: en primer lugar, la documentación preparatoria, la documentación técnica y el manual del usuario.

La protección brindada por la legislación autoral a los programas computacionales se extiende más allá de sus elementos literales, cubriendo lo que se conoce como los “elementos no literales del programa”, que son aquellos que integran la “estructura general” (secuencia y organización) del programa y que surgen mucho antes de la etapa de codificación, cuando el programador comienza a trazar una vía de solución para el problema planteado, esto es, al concebir los módulos, subrutinas y estructuras de archivos del futuro programa y combinarlos entre sí. Ello precisamente, porque la mayor labor creativa del programador se da frecuentemente durante la etapa de diseño, más que en la codificación.¹⁶ Habrá copia de los elementos no literales de un programa computacional, cada vez que exista similaridad substancial entre dos obras sujetas a examen.

De esta manera, los elementos no literales de un programa computacional, pueden ser definidos como “aquellos elementos diferentes del código escrito, tales como los diagramas de flujo (que proporcionan la estructura detallada de la cual deriva el

15 En la actualidad, no cabe duda alguna que la legislación autoral protege la totalidad de los elementos literales de los programas computacionales. La mención expresa de los mismos en el actual numeral 16) del artículo 3º, como “programa fuente” o “programa objeto”, disipa toda duda que en lo pertinente pudiera alzarse. Con todo, en los primeros años de discusión sobre el tema, se planteaba la interrogante de si el código objeto podía ser de alguna forma protegido por el derecho de autor o si dicho amparo se encontraba circunscrito sólo al código fuente, ya que la protección legal de las creaciones “utilitarias”, se encuentra reservado a las leyes sobre patentes. Hasta la década de los 60s - 70s, habían sido protegidas por medio del secreto de fabricación. Ver Mark LEMLEY, Peter MENELL, Robert MERGES y Pamela SAMUELSON, *Op. Cit.*, pp. 4 y 35. Al establecerse su asimilación a las “obras literarias”, comienza a discutirse acerca de si procedía distinguir entre el código fuente y el código objeto, para los efectos de determinar el nivel de protección de que cada uno gozaba. Esta materia fue discutida en los Estados Unidos a fines de la década de los 1970s en un litigio que se extendió hasta el mes de agosto del año 1983. El caso *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corporation*, sentó un precedente fundamental para la determinación del nivel de protección de que gozarían los elementos literales de los programas computacionales. En definitiva, la Corte estableció que la copia exacta del programa en código objeto era infracción a las leyes sobre copyright, basado en que la idea del sistema operativo Apple era hacer funcionar un computador de dicha compañía y que la “forma particular como Apple hace funcionar dicho aparato” es una expresión protegida.

16 Ver sentencia *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* Considerando III. [en línea] <<http://digital-law-online.info/cases/230PQ481.htm>> [consulta: 24 de marzo de 2008]

código escrito), listas de parámetros (piezas de información que son intercambiadas por las varias subrutinas generadas por el software) y la organización específica de los módulos del programa”.¹⁷

El objetivo del Derecho de Autor es brindar al creador de una obra protegida, un monopolio limitado temporalmente sobre la misma, con el objeto de explotarla y percibir la remuneración debida por su uso, como compensación a su labor creativa. Pero dicho monopolio se extiende a la “expresión”, no a la “idea que subyace a dicha expresión”, la cual no es objeto de protección, por lo cual, toda persona se encuentra facultada para aprehenderla.¹⁸

De esta manera, se debe tener especial cuidado en este terreno: el hecho de que el legislador nacional haya decidido extender la protección de los programas a la documentación preparatoria y técnica, no significa que todos los elementos consignados en ella deban estimarse protegidos: extender la protección autoral a las interrelaciones y funcionalidades obtenidas en un nivel abstracto, sin analizar el contenido del documento de especificaciones o de diseño, puede llevar al intérprete a extender artificialmente al monopolio garantido al titular de los derechos sobre el software a fórmulas, conceptos y métodos de operación que son de uso común, con los consecuentes perjuicios para el mercado y los terceros desarrolladores.

5.- LA INGENIERÍA INVERSA DE SOFTWARE ES UNA ACTIVIDAD DE CARÁCTER NEUTRO

Ya hemos analizado las principales aplicaciones de la descompilación y los beneficios que de ella emanan tanto para los titulares de los derechos sobre estas obras, como para la comunidad representada por usuarios y terceros desarrolladores deseosos de introducir nuevos productos en el mercado. Toca ahora hacernos cargo del más grande de los fantasmas que rodean a esta ciencia y que constituye una de las interrogantes planteadas al inicio del presente trabajo: si el reconocimiento jurídico de la ingeniería inversa de software puede, efectivamente, resultar perjudicial a los intereses de los derechohabientes, a la luz de la protección brindada a estas obras en la legislación autoral.

17 Ver sentencia *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, Nos. 91-7893, 91-7935, 1992 U. S. App. LEXIS 14305 (2d Cir. June 22, 1992). [en línea] <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%28199212%29106%3A2%3C510%3ACLSOPO%3E2.0.CO%3B2-J&size=LARGE&origin=JSTOR-enlargePage>> [consulta: 09 de octubre de 2007]

18 La distinción “idea / expresión” en materia de Derecho de Autor, se encuentra recogida en el Acuerdo sobre los ADPIC, en su artículo 9.2.: Dicha distinción aparece consagrada en idénticos términos en el artículo 2 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996. Haciendo un paralelo con el sistema de propiedad industrial, podemos observar que generalmente tampoco son patentables los contenidos ideativos generales, tales como métodos, principios o planes, o de simple verificación y fiscalización; y los referidos a actividades puramente mentales o intelectuales. Ver Christian SCHMITZ V., “Propiedad Industrial y Derecho de Autor ¿Una División Vigente?”, en “Temas Actuales de Propiedad Intelectual. Estudios en honor a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavala”, Ed. Jurídica Lexis-Nexis, Santiago, 2006, p. 45.

Decimos que la ingeniería inversa de software presenta un carácter neutro en cuanto a su contenido ético–moral. Como toda actividad relacionada con la tecnología, constituye una herramienta que puede ser utilizada con fines lícitos o antijurídicos. Esta actividad no puede ser declarada como infractora de las leyes de propiedad intelectual, per se. Es el fin, el resultado perseguido por quien inicia un proceso de descompilación el que debe ser sujeto a examen.¹⁹

La filosofía que subyace a la ingeniería inversa es la misma: todo bien intelectual lleva consigo una serie de conceptos, ideas y conocimientos a los cuales la comunidad tiene el legítimo derecho de acceder. Los usuarios finales se ven beneficiados, desde que esta ciencia les permite realizar usos legítimos y razonables de las obras que han adquirido, de manera amplia, sin las limitaciones a que se encuentran sujetas en mérito de sus soportes originales, todo en un contexto no lucrativo, realizado por aficionados. Asimismo, el conocimiento adquirido beneficia al investigador, quien podrá aplicar dichos conceptos e ideas en futuros proyectos ya sea en el apartado seguridad o desarrollo. Nuevos actores podrán ingresar en el mercado con productos de calidad, competitivos o multiplataforma, innovando en relación a la tecnología existente, en beneficio de la comunidad.

Con todo, la integración única de los conceptos e ideas que subyacen a un programa computacional, en calidad de obra literaria reconocida por las leyes de Derecho de Autor, debe ser respetada: ella constituye la “expresión protegida” amparada por la legislación autoral. Es por ello que la ingeniería inversa, actividad de carácter neutro como se expuso anteriormente, debe ser empleada en un contexto legítimo. La línea que divide la simple copia, de la innovación, es muy delgada y por lo tanto, de producirse controversias en su aplicación, el Tribunal llamado a dirimir del conflicto debe hacer un análisis objetivo y minucioso de los antecedentes de hecho, en cada caso particular.

Desde este punto de vista, concluimos que el reconocimiento jurídico de la ingeniería inversa de software para fines de compatibilidad operativa, investigación o desarrollo, no dejará en el desamparo a los autores o titulares de los derechos sobre el software: el resultado final de la descompilación, el producto del proceso de desarrollo en el cual la misma se encuentra inserta, podrá siempre ser objeto de juicio, no pudiendo establecerse la ilicitud de las labores de ingeniería inversa, ex ante.

6.- RECONOCIMIENTO DE LA DESCOMPILACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, la descompilación de software, en el terreno del desarrollo de programas computacionales nuevos, independientes del producto referencial, tiene por principal aplicación, la obtención de aquellos elementos que

19 James POOLEY, “Trade Secret Law”. sec. 5-18 to 5-19 (1999), en Pamela SAMUELSON – Suzanne SCOTCHMER, Op. Cit., p. 5.

permiten alcanzar la compatibilidad operativa de una aplicación independiente, con una plataforma informática propietaria, esto es, el obtener el acceso a las interfaces de aplicación. Es sobre este punto donde la discusión doctrinal y más adelante, legislativa, en el derecho comparado, comenzó a gestarse hace casi veinte años y que al día de hoy ha tenido sus frutos en las distintas legislaciones que han asumido la tarea de regular esta importante materia.

El primer atisbo de discusión acabada del tema, a nivel jurisprudencial, lo encontramos en los Estados Unidos. La ingeniería inversa para fines de obtención de compatibilidad operativa entre programas desarrollados independientemente, fue en un comienzo validada por la jurisprudencia norteamericana,²⁰ y posteriormente pasó a constituir una excepción o limitación al copyright en la actual Sec. 1201(f) de la USCA, así como en las diversas legislaciones autorales en el resto del mundo.

Por su parte, la Comisión de la Comunidad Europea de Naciones, innovó el año 1991 con la adopción de la Directiva 91/250/CEE del Consejo del Parlamento Europeo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Tras largas discusiones, los Estados miembros acordaron incluir dos excepciones, permitiendo a los usuarios copiar un programa computacional con el fin de determinar las ideas y principios que subyacen a cualquier elemento del programa. En primer lugar, se estableció el derecho de los usuarios a realizar pruebas de “black box”, para fines de investigación.²¹ Y, de otra parte, la Directiva reconoció a los usuarios el derecho a descompilar el programa para fines de desarrollo de programas compatibles, estableciendo que no se requerirá autorización del derechohabiente cuando la copia del código o la adaptación del programa resulten indispensables para obtener la información necesaria para alcanzar la compatibilidad operativa de un programa computacional creado independientemente, con otros programas.²²

Pese a que en la última revisión a la legislación autoral en el concierto comunitario, en el marco de la Directiva sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información del año 2001, no existe mención expresa a la descompilación, la excepción de ingeniería inversa para la obtención de compatibilidad operativa, adoptada a partir del año 1991, pervive en las legislaciones nacionales de prácticamente la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea.²³

20 Ver Sentencia *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.* United Status Court of Appeals for the Ninth Circuit 977 f.2d 1510 (9th Cir. 1992) [en línea] <<http://digital-law-online.info/cases/24PQ2D1561.htm>> [consulta: 07 de septiembre de 2007]

21 Article 5. Exceptions to the restricted acts.

22 Article 6. Decompilation.

23 Ver: en España, Art. 6 de Ley Nº 16/1993 sobre Propiedad Intelectual Informática de 24 de diciembre de 1993; en Francia, Artículo L122-6-1 (IV) del Código de Propiedad Intelectual; y, en Alemania, el Art. 69 de la ley de propiedad intelectual (Urheberrechtsgesetz, UrhG).

En nuestro país se le pretende incorporar al nuevo catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor, en relación a los programas computacionales, en los siguientes términos:

Art. 71 P letra b). “Están permitidas, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización [...] las actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo”.

Como se puede apreciar, el tenor sugerido, no sólo restringe la procedencia de la descompilación para los fines de identificación de aquellos elementos que permiten alcanzar la compatibilidad operativa entre programas propietarios sino que, además, a los fines de investigación y desarrollo, gracias a lo cual la procedencia de esta ciencia en nuestro país podría hacerse extensiva a todas y cada una de las aplicaciones de la misma, analizadas con anterioridad.

7.- LA INGENIERÍA INVERSA DE SOFTWARE COMO EXCEPCIÓN

A continuación, se enunciarán una serie de principios generales en los cuales, estimamos, se sustenta todo el régimen de excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales de autor, esto es, aquellas que permiten la utilización de las obras por parte de la comunidad, sin resultar menester obtener la autorización previa ni remunerar a los titulares de los derechos sobre las mismas. Lo anterior cobra relevancia porque los principios que abordaremos a continuación constituyen el prisma que permite apreciar si un determinado uso o actividad realizado sobre una obra o prestación protegida -en el caso que nos interesa, la ingeniería inversa de software o descompilación- es procedente o, dicho de otra manera, reviste tal importancia que puede considerarse fundada en alguno o algunos de dichos principios, para ser elevada a la categoría de excepción o limitación de carácter legal.

a) La función social de la propiedad

La Constitución Política dispone que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la cual comprende, en lo pertinente, todo cuanto exijan los intereses generales de la Nación. El objeto sobre el cual recae el Derecho de Autor, esto es, las creaciones artísticas e intelectuales, determinan que las máximas que rigen este particular tipo de propiedad difieran considerablemente de las normas y principios generales aplicables a este derecho real en cuanto recae en otro tipo de bienes materiales e inmateriales y en ese sentido, la limitación constitucional dada por la “función social de la propiedad” basada en los intereses generales de la Nación adquiere especial relevancia desde que el acto de creación es entendido como “el proceso mediante el cual

una persona en ejercicio de su intelecto y de sus emociones, produce un objeto material o inmaterial que transmite valores, ideas y conocimiento, que contribuye, entre otras cosas, a forjar la identidad cultural de una colectividad”.²⁴

La Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ratificada por Chile y vigente desde marzo del año en curso, reconoce “la doble dimensión económica y cultural de las actividades, bienes y servicios culturales, en tanto portadores de identidades, valores y significados [que por consiguiente] no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial”. Es en atención a esta característica de los bienes intelectuales, esto es, el constituir medios de transporte y expansión del conocimiento y la cultura dirigidos a la comunidad, que los titulares de los derechos sobre este tipo de obras deben soportar una serie de limitaciones a las facultades exclusivas de explotación derivadas de la faz patrimonial del derecho de autor para, de esta forma, posibilitar el acceso y adecuado disfrute de las mismas, por parte de los usuarios.

La ingeniería inversa de software, como limitación al derecho exclusivo de reproducción reconocido a los autores y titulares de los derechos, se encuentra justificado en los intereses generales de la nación, que, en este caso, se encuentra representada por los terceros desarrolladores de software, por los usuarios finales de este tipo de obras, conforme los beneficios del reconocimiento de esta ciencia a los que nos hemos referido a lo largo del presente estudio y por el resto de los habitantes de la república, en atención a que el desarrollo de la industria local de software producto de la innovación que el empleo de esta ciencia posibilita, lleva consigo el aumento en la demanda laboral, así como de los ingresos fiscales para su redistribución en obras públicas y de fomento.

b) Los principios recogidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas encontramos un reconocimiento de la necesidad de armonización de intereses entre ambos extremos de la cadena ligada a las creaciones del intelecto. De esta forma, el artículo 27 de dicha Convención consagra, por un lado, el derecho de las personas a participar de la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y tener acceso a los avances en las ciencias. Asimismo, se reconoce a los creadores, el derecho de autor en su faz integral, aun cuando no como un derecho absoluto.²⁵ Ambos son elevados a la categoría de De-

24 Daniel ÁLVAREZ V., “Derecho de Autor y Cultura”, [en línea] en “Los derechos de propiedad intelectual y el libre comercio”, 2005. <<http://www.derechosdigitales.org/2005/12/05/derecho-de-autor-y-cultura/>> [consulta: 29 de agosto de 2007]

25 Sofía RODRÍGUEZ, “Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor en el Ciberespacio. Una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado”, Universidad Extremado de Colombia, 2003, p. 48.

rechos Humanos, la de mayor entidad y trascendencia que se le puede reconocer a los sujetos de derecho.

De esta forma, el reconocimiento realizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, respecto al derecho de las personas a participar del progreso tecnológico y de los beneficios que de él derivan, permite sostener que la ingeniería inversa, en el apartado investigación y desarrollo, permite a terceros desarrolladores introducirse en el mercado innovando respecto a los productos existentes, beneficiando consecuentemente a los usuarios finales que gozarán de un mayor número de alternativas en ese sentido y a precios más competitivos, lo cual se torna más relevante si se considera la naturaleza de este mercado, centrado generalmente en torno a sistemas estandarizados y dominantes.

c) La regla de los tres pasos

Este principio introducido en el Convenio de Berna celebrado el 9 de septiembre de 1886, entrega a los Estados Parte una directriz a seguir al momento de introducir en sus respectivas legislaciones un marco de excepciones a los derechos de autor, propósito del derecho de reproducción de los autores.

La regla de los tres pasos constituye una guía para los Estados que se aboquen a la tarea de establecer un régimen de limitaciones a las facultades exclusivas derivadas del derecho de autor y ha sido incluida por muchas legislaciones que se han hecho cargo de esta tarea. El reconocimiento de la ingeniería inversa en gran parte del mundo como excepción o limitación a los Derechos de Autor da cuenta de la conformidad de la disciplina en estudio con este importante principio, reconocido e integrado a las diversas legislaciones de los países que concurrieron a la suscripción y ratificación del Convenio de Berna.

d) Principios extraídos del Acuerdo sobre los ADPIC para los países en desarrollo

En el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la OMC, del año 1994, se reconoce, en primer lugar, las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros, por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable.²⁶

26 Acuerdo sobre los ADPIC. Considerandos. Montevideo. 1994. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf> [consulta: 17 de octubre de 2007]

De esta forma y reconociendo la problemática antes expuesta, el Acuerdo sobre los ADPIC formula los principios, que se puede asimilar en cierta forma al abuso de derecho de autor (copyright misuse), a propósito de las limitaciones a la descompilación en las licencias de software.

Entre nuestro país, la ingeniería inversa de software es una herramienta que posibilitará la identificación, el aislamiento e incorporación de aquellos elementos que permitan la obtención de compatibilidad operativa entre dichas aplicaciones y las plataformas dominantes a nivel mundial, en pro del desarrollo de la industria local ligada a las obras de la creación, con los consecuenciales beneficios para el mercado interno (generación de empleo, mayores ingresos privados y fiscales, etc.).

La disciplina que ahora nos ocupa adquiere una relevancia para países en vías de desarrollo como Chile, en atención a que esta herramienta permite innovar sobre la base del estudio de las tecnologías importadas desde países que cuentan con niveles de desarrollo económico mucho más elevados que el nuestro. Al efecto, la ingeniería inversa sirvió como herramienta para el desarrollo de la base tecnológica de economías como la japonesa, que actualmente es una potencia en la producción y exportación de dicha clase de bienes, tangibles e intangibles.

El reconocimiento de la ingeniería inversa de software, para los fines señalados en el artículo 71 P del proyecto de reforma, propende al logro de innovación tecnológica, particularmente en el terreno de la informática: “la adquisición de nueva tecnología puede mejorar la competitividad de un país y facilitar su progreso económico [...]. [A] través de la ingeniería [inversa] es posible para un país en desarrollo imitar un producto nuevo, siempre que no resulte muy costoso ni demande demasiado capital”.²⁷

El potencial de la tecnología informática, específicamente del software, ha sido apreciado por la actual administración, al momento de asignar un tenor amplio a la ingeniería inversa sobre programas computacionales, supeditándola no sólo al logro de compatibilidad operativa, sino también a los fines de investigación y desarrollo. Uno de los objetivos, planteados por el Gobierno de Chile, por boca del Ministerio de Economía, es que la industria informática nacional, hacia el año 2010 logre consolidarse como un referente a nivel regional, una plataforma de servicios ligados a dicho mercado para, de esta forma, ir alcanzando cotas de desarrollo cada vez mayores.²⁸

27 Pablo RUIZ-TAGLE, “Propiedad Intelectual y Contratos”, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, p. 23.

28 Gobierno de Chile Ministerio de Economía. Prospectiva Chile 2010. N°6: “La industria chilena del software”, 2000, pp. 6-11.

8.- CONCLUSIONES

El reconocimiento de la ingeniería inversa de software para fines de obtención de compatibilidad operativa constituye un paso muy importante en la puesta al día de nuestra legislación autoral. Dicha excepción se encuentra consagrada desde hace mucho tiempo en países más desarrollados: en Europa, en su normativa comunitaria; en el sistema norteamericano, por la vía jurisprudencial desde el precedente de *Sega v. Accolade*. Por ello, resulta indispensable que los desarrolladores independientes de software de nuestro país cuenten con una herramienta legal similar, que les permita ingresar en el competitivo mercado del software con un pie de igualdad y potenciados, además, con los fines de investigación y desarrollo.

La ingeniería inversa constituye una ciencia de carácter neutro, que puede ser usada para fines tanto lícitos como antijurídicos. Ella permite la traducción de un programa computacional de cualquier naturaleza (de sistema, de aplicación, etc.) desde el lenguaje de máquina propio del código objeto, a un lenguaje de alto nivel (aproximación del código fuente) entendible por los seres humanos. Habiéndose obtenido la información por estos medios los titulares de los derechos de autor no quedan desamparados por la legislación autoral: si quien practica el proceso de descompilación utiliza la información obtenida para el desarrollo de una obra derivada, o bien si desarrolla una obra substancialmente similar, dichos actos constituyen una infracción a las leyes sobre derecho de autor, en relación a la facultad exclusiva de reproducción que detentan los titulares sobre este tipo de obras. Por ello, se ha recalcado a lo largo de esta obra, que el empleo de la ingeniería inversa para la aprehensión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos generales, que no pueden estimarse protegidos en razón de haberse “fusionado” con la idea (propósito del programa) o por tratarse de elementos de uso común en la práctica comercial o por pertenecer al dominio público, es totalmente lícito desde que el monopolio garantido al titular de los derechos sobre el programa no se extiende a dichos elementos.

El reconocimiento de la ingeniería inversa de software, desde un punto de vista jurídico y económico, es recomendable por varios motivos:

- a) Esta ciencia ha servido para sustentar el desarrollo de la base tecnológica de economías que, en la actualidad, gozan de una presencia importante en los mercados mundiales, como la japonesa, con todos los beneficios que dicha participación acarrea a sus nacionales.
- b) Respecto de la descompilación para fines de obtención de compatibilidad operativa, su reconocimiento trae aparejados muchos beneficios para la comunidad representada por los usuarios finales y desarrolladores independientes, los cuales básicamente pueden resumirse en la posibilidad de los primeros de

poder optar por un mayor número de aplicaciones en el mercado, a precios más competitivos y con mejores alternativas de soporte técnico, en atención a la cercanía con los desarrolladores locales e independientes de este tipo de nuevas obras. Respecto de los segundos, se posibilita el ingreso a un mercado caracterizado por la estandarización en torno a un producto único.

- c) Respecto de la descompilación para los fines de desarrollo de programas competitivos, estimamos que ella resulta plausible en el terreno del mercado de las aplicaciones, especialmente las desarrolladas para mercados donde nuestro país tiene una presencia importante a nivel regional, como la industria minera, agrícola, telecomunicaciones y banca. El reconocimiento de esta disciplina para fines de investigación y desarrollo, es una poderosa herramienta jurídica puesta a disposición de los desarrolladores nacionales, para el fomento de la industria informática local.
- d) A nivel comparativo, la ingeniería inversa de software se encuentra ampliamente acogida en la legislación comparada. Si economías mucho más desarrolladas que la nuestra, en materia de software, gozan de una excepción en cuya virtud la descompilación llevada a cabo en el marco de un proceso de ingeniería inversa es una excepción válida o un uso legítimo o razonable de un programa computacional, parece lógico que en un mercado en desarrollo como el nuestro, especialmente en relación con las políticas de fomento a que debe propender el país, se cuente con una idéntica herramienta jurídica en beneficio de los desarrolladores de software locales.

