

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos

Trigésima primera sesión
Ginebra, 7 a 11 de diciembre de 2015

**PROPUESTA DE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO
DIGITAL**

presentada por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC)

I. Introducción

El GRULAC presenta una propuesta de examen, en el marco del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de las cuestiones referentes a la actualización de los derechos de autor en relación con la utilización actual en el entorno digital de los bienes intelectuales protegidos.

La necesidad de examinar cuestiones relacionadas con el entorno digital ha sido planteada por distintos sectores, desde los propios creadores y artistas intérpretes y ejecutantes hasta los representantes gubernamentales. No es sorprendente que el Director General de la OMPI, Francis Gurry, haya declarado que ha llegado el momento de “movilizarnos por la música y estar dispuestos a ofrecer condiciones justas a nuestros músicos, y valorar su creatividad y la contribución excepcional que aportan a nuestra vida”. Ese mensaje fue pronunciado con ocasión del Día Mundial de la Propiedad Intelectual, cuyo tema fue “Movilízate por la música”. Como dice el Sr. Gurry, “Debemos velar por que en la nueva economía digital no se pierda nunca de vista a los creadores y los artistas intérpretes y ejecutantes”¹.

Teniendo en cuenta esas preocupaciones, el objetivo de la presente propuesta es la búsqueda de soluciones comunes en beneficio de la sociedad y de los titulares de derechos a la luz de los desafíos que surgen de los nuevos derechos relacionados con los bienes intelectuales protegidos por derechos de autor en el entorno digital.

El GRULAC propone que en el ámbito del SCCR se contemplen los tres puntos siguientes:

1. análisis y debate de los marcos jurídicos utilizados para la protección de las obras en los servicios digitales;
2. análisis y debate del papel de las empresas que hacen uso en el entorno digital de obras protegidas y su modo de actuación, incluyendo la verificación del nivel de transparencia en los negocios y la cuantía de la remuneración correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos a los distintos titulares de esos derechos.
3. logro de un consenso acerca de la gestión de los derechos de autor en el entorno digital, para abordar los problemas que plantea esa cuestión, que incluyen desde la baja remuneración de los autores y artistas hasta las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el entorno digital.

II. Antecedentes

En respuesta a la primera ola de impacto de Internet y de la tecnología digital, la OMPI adoptó, en 1996, el Tratado sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

La solución adoptada en los dos tratados consiste en la clasificación de un nuevo derecho exclusivo denominado “puesta a disposición” y la utilización de medidas tecnológicas de protección que contribuyan a la observancia de los derechos de autor en el entorno digital.

El WTC concedió cierto grado de libertad a las legislaciones nacionales para la caracterización jurídica de este nuevo derecho, ya sea como distribución, comunicación al público o aun una combinación de derechos ya existentes.

¹ http://www.wipo.int/ip-outreach/es/ipday/2015/dg_message.html

El WPPT, a diferencia del WCT, definió la “puesta a disposición” como un derecho autónomo. Por medio de una declaración concertada relativa al artículo 15 del tratado, se determinó la imposibilidad de alcanzar una solución completa acerca del nivel de derechos de radiodifusión y comunicación al público de que deben disfrutar los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la era digital. A falta de consenso, los Estados miembros decidieron dejar la cuestión para resolución futura.

Después de la adopción de estos tratados, surgieron nuevos servicios y desaparecieron otros en el entorno digital, con cambios significativos en el modo en que los bienes intelectuales protegidos son producidos y distribuidos.

En la multiplicidad de servicios se observa una tendencia predominante a dar acceso a las obras antes que a ceder la titularidad o la posesión. Por lo general, para esos servicios se necesitan licencias sobre más de un derecho, lo cual mantiene una correlación con las soluciones tecnológicas utilizadas.

A pesar de los recientes avances tecnológicos en el entorno digital, el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales adoptado en 2012, siguió la misma fórmula del WCT y el WPPT. Al igual que el WPPT, el Tratado de Beijing introduce una disposición sobre la remuneración equitativa como opción al derecho exclusivo de autorizar el uso directo e indirecto de interpretaciones y ejecuciones incorporadas en fijaciones de obras audiovisuales para su radiodifusión y comunicación al público.

En ese contexto, la baja remuneración de creadores, compositores y artistas intérpretes o ejecutantes es hoy la parte más visible del impacto que han tenido los avances tecnológicos en el uso de obras protegidas en el entorno digital. Específicamente en la industria musical, aunque la tecnología digital haya ofrecido a la sociedad un acceso mayor que nunca a la música, no faltan los que se preguntan si se valora suficientemente la función de los creadores y los artistas intérpretes y ejecutantes.

La música es un instrumento fundamental para el entretenimiento, la difusión cultural y el desarrollo económico y, por lo tanto, debe ser valorada, así como todos los que intervienen en su creación y ejecución. En el último año, ha quedado clara la insatisfacción de la comunidad artística en relación con esta cuestión, con crecientes manifestaciones y movimientos en todo el mundo, que exigen una remuneración más justa por el uso de obras musicales en el entorno digital, como sucedió en el “Día Mundial de la Propiedad Intelectual” y en otros eventos paralelos a las reuniones del SCCR.

III. Aspectos fundamentales

La aplicación de los derechos de autor en el entorno digital es un tema que plantea problemas diversos y genera descontento entre creadores y artistas intérpretes y ejecutantes. La baja remuneración procedente de los servicios digitales es uno de los problemas más planteados. Compositores y artistas de todo el mundo se quejan de la baja remuneración pagada por las plataformas digitales, en especial, las que hacen uso de la transmisión por flujo continuo. En cierta ocasión, el músico Jason Isbell afirmó que esa tecnología no añade gran cosa a sus ingresos. A su vez, la cantante Taylor Swift retiró sus obras de un servicio digital de música y cuestionó otro servicio digital que iba a lanzar una nueva aplicación de ese tipo sin la intención de pagar a los creadores y artistas en la fase de prueba gratuita.

La insatisfacción resulta de la impresión general de que los ingresos generados por los servicios digitales no llegan a los compositores y artistas intérpretes y ejecutantes, en especial aquellos que son menos conocidos. Nadie ignora que la transmisión por flujo continuo representa, probablemente, el futuro en el consumo de música. No obstante, como señaló

David Byrne², lo que pagan los servicios digitales por la transmisión por flujo continuo es insignificante, pues consideran que si un número suficiente de personas utiliza el servicio, los insignificantes “granos de arena”, al final, formarán una montaña. Sin embargo, para el músico, está claro que si, en el futuro, “los artistas tuviesen que depender exclusivamente de los ingresos procedentes de estos servicios, no sobrevivirían en el mercado más de un año”, pues el modelo no es sostenible para respaldar ningún tipo de trabajo creativo. David Byrne destaca que “lo que está en juego no es la supervivencia de artistas como él, si no la de los nuevos artistas y la de aquellos que han sacado pocos discos.

Aunque el problema del pago sea más visible en la industria musical, lo que justifica que este documento se centre en ello, la situación en otros campos es todavía más preocupante debido a que prácticamente no hay remuneración por el uso de obras intelectuales en el entorno digital. Si bien el pago que reciben los compositores y artistas intérpretes y ejecutantes sigue siendo insuficiente en relación con la cantidad de interpretaciones y ejecuciones de sus obras, el mercado digital está dominado por la industria musical, que representa el 99% de las colecciones digitales³. Por consiguiente, cabe decir que el potencial de ganancias provenientes del entorno digital tampoco representa una posible fuente de ingresos para los creadores de ámbitos culturales distintos a la música, tales como el audiovisual, la literatura y la fotografía.

Los derechos de autor en el entorno digital es un tema complejo que exige un diálogo multilateral entre gobiernos y partes interesadas. Es necesaria una solución de consenso aplicable a los nuevos modelos de negocios, sin perder de vista el equilibrio necesario entre los intereses de los titulares de derechos sobre bienes intelectuales protegidos y los usuarios de esos bienes para plasmar un sistema de protección más justo y eficaz en el entorno digital.

a) *Marco jurídico de las nuevas formas de uso de obras intelectuales en el entorno digital*

La solución encontrada en 1996, con la adopción del WCT y el WPPT, que retoma el Tratado de Beijing, no parece ir a la par de la evolución y las innovaciones tecnológicas de la era digital. La clasificación jurídica de los nuevos usos de las obras protegidas en el entorno digital plantea dificultades. Los derechos existentes, salvo el derecho de puesta a disposición del público, fueron pensados para atender a una realidad de explotación económica de los bienes intelectuales en el entorno físico.

En este contexto, aunque en los contratos de licencia de derechos de autor y derechos conexos que son ofrecidos a los titulares por las plataformas digitales se menciona el derecho de “puesta a disposición,” también se prevén otros derechos tradicionales, incluido el derecho de reproducción, que parece ser el menos adecuado para los servicios digitales. Eso va a menudo en detrimento de los intereses de los autores y de los artistas intérpretes y ejecutantes. Las dificultades relacionadas con el derecho de reproducción en el entorno digital surgen del concepto de “reproducción transitoria”, que significa una reproducción temporal cuyo objetivo único es hacer que la obra pueda ser percibida. La Conferencia Diplomática no logró alcanzar un acuerdo sobre las disposiciones relacionadas con la reproducción transitoria o efímera, que es un componente de la mayoría de los servicios digitales⁴.

El derecho de reproducción parece poco adecuado, pues en algunos tipos de transmisión digital la reproducción es solo un acto accesorio inherente a los procesos tecnológicos utilizados para que la obra sea accesible para los usuarios. En esos casos, la reproducción “no

² <http://www.theguardian.com/music/2013/oct/11/david-byrne-internet-content-world>

³ CISAC (2015). *Global Collections Report 2015*. Disponible en: <http://www.cisac.org/Cisac-University/Publications/CISAC-publishes-new-Global-Collections-Report>

⁴ WIPO/CR/KRT/05/7. *Copyright In The Digital Environment: The WIPO Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*. Preparado por el Dr. Mihály Ficsor, Director, *Center for Information Technology and Intellectual Property (CITIP)*, Budapest.

es pertinente desde el punto de vista de la explotación del material protegido⁵. Aunque en el WCT haya una declaración concertada en la que se contempla la aplicación del derecho de reproducción a los usos en el entorno digital, las Partes Contratantes pueden permitir limitaciones y excepciones a la reproducción temporal de acuerdo con la regla de los tres pasos⁶. En consecuencia, hay una falta de armonización entre las legislaciones nacionales, lo que se traduce en enfoques distintos respecto del derecho de reproducción relacionado con el entorno digital.

En ausencia de legislación o disposiciones jurídicas específicas sobre el uso en el entorno digital de bienes intelectuales protegidos, los derechos tradicionales son a menudo interpretados por analogía o proximidad conceptual de teorías jurídicas previstas originalmente para el entorno físico. Ese ejercicio generalmente ignora el hecho de que muchos aspectos del entorno físico son de difícil aplicación en el entorno digital, como es el caso del agotamiento de derechos y el principio de territorialidad.

En el entorno digital, el agotamiento de derechos se ve perjudicado cuando se negocia un bien intelectual digital y la cesión conlleva de hecho la producción de una copia sin distinción cualitativa en relación con el bien original. De ahí que, después de la primera venta, cualquier venta o préstamo, no tendría lugar en el mismo soporte en el que la obra fue fijada originalmente, sino sobre una copia inmaterial, lo que imposibilitaría la aplicación del principio del agotamiento de derechos de acuerdo con su conformación doctrinaria tradicional.

El principio de territorialidad también se ve perjudicado, ya que los límites de las fronteras físicas apenas tienen importancia en el intercambio de información por Internet; hay dudas en relación con el alcance de las legislaciones nacionales respecto de las iniciativas de negocios globales en las que se hace uso de obras protegidas por derechos de autor. Se puede acceder, por ejemplo, al contenido de una página web de un determinado país desde distintas partes del mundo sin que las fronteras físicas constituyan obstáculos.

La adaptación al entorno digital de los derechos tradicionales originalmente formulados para el entorno físico es, pues, compleja. Es posible que los modelos de negocios concebidos para el entorno digital puedan aprovechar algunos derechos similares a los derechos tradicionales previstos para el entorno físico. Sin embargo, los derechos identificados en los distintos modelos de negocios son interdependientes, lo que significa que para que el servicio funcione plenamente, cada uno de los derechos debe ser objeto de una licencia específica, en cumplimiento con el derecho exclusivo de autorización y consiguiente remuneración.

Por ejemplo, en el caso de los modelos de negocios basados en la transmisión por flujo continuo, hay controversias en relación con los derechos que intervienen. No está claro si el uso de las obras protegidas implica necesariamente el derecho de comunicación al público o si apenas guarda relación con ese derecho. Del mismo modo, se plantea la cuestión de la clasificación de los servicios de transmisión por flujo continuo, ya sea como un comercio de venta o como alquiler de bienes intangibles. Hay quien considera que este tipo de servicio sería un punto medio entre los servicios y bienes que ofrecen la radio y los tradicionales comercios de venta de discos.

Estas definiciones, venta o alquiler, son fundamentales, pues implican derechos distintos. La clasificación tiene una influencia directa en los contratos de licencia de derechos para este tipo de servicio y, en consecuencia, en la proporción de la remuneración de los titulares de estos derechos.

⁵ Ibíd., pág.10.

⁶ Ibíd.

b) *El papel y las prácticas de las empresas que hacen uso de obras protegidas en el entorno digital*

Actualmente está aumentando el número de empresas que desarrollan nuevos modelos de negocios basados en el uso de obras protegidas en las plataformas digitales. Estos nuevos modelos, sin embargo, generan preocupaciones a nivel nacional e internacional, por la falta de transparencia en los negocios y la baja remuneración de autores y artistas intérpretes y ejecutantes.

En el caso de la transmisión por flujo continuo, por ejemplo, algunos servicios aplican dos modelos de uso: un modelo pago, en el que el usuario se suscribe al servicio y paga un abono mensual en contrapartida a ciertas ventajas, como el derecho al uso fuera de línea, lo que implica una copia, y un “modelo gratuito”, cuya ganancia es extraída de la publicidad.

El primer modelo es el llamado “Premium”. A pesar del crecimiento de los servicios de transmisión por flujo continuo en todo el mundo, el número de abonos todavía es relativamente pequeño, lo que entraña la baja remuneración de autores y artistas intérpretes y ejecutantes, y también plantea dudas con respecto a la viabilidad económica de algunos de estos servicios.

El segundo modelo es conocido como “Freemium”. En este modelo, la falta de transparencia en la distribución de los ingresos por publicidad de las plataformas digitales es la principal fuente de preocupación. También preocupa la falta de control en cuanto a la “monetización” de estos servicios, que entrañan, a veces, el uso, sin remuneración, de bienes intelectuales protegidos y la imposición de modelos y de condiciones de remuneración que son difíciles de entender para autores y artistas intérpretes y ejecutantes.

En ausencia de reglamentación eficaz, el “mercado” y sus agentes imponen sus reglas, sin la debida transparencia en los métodos de facturación y repartición de la remuneración de los derechos. La situación se vuelve más compleja en los casos que entrañan contratos internacionales de licencias de repertorio.

Hay un desequilibrio en la remuneración de los titulares de derechos en el contexto de estos contratos internacionales. Los negocios de la industria moderna de la música suponen una multiplicidad de microtransacciones en las que los interesados adquieren fracciones de los ingresos. Aunque las nuevas tecnologías deberían propiciar una mayor transparencia, la industria de la música ha utilizado un marco poco transparente difícil de entender para los creadores y los artistas.

Aunque los servicios de transmisión por flujo continuo paguen el mismo porcentaje de ingresos por la venta de música que las tiendas virtuales, la escasa remuneración y los muchos intermediarios crean preocupaciones. Los datos suministrados a los artistas son generalmente poco claros y, por consiguiente, los artistas no los entienden ni tampoco entienden las cuentas que reciben. Esa falta de claridad probablemente beneficia a los intermediarios⁷.

Por ejemplo, la proporción de la remuneración por los derechos conexos de los productores de fonogramas, es –normalmente en el entorno digital– sustancialmente mayor que la que obtienen los autores y los artistas intérpretes y ejecutantes. La aplicación de los antiguos contratos de licencia de derechos, sin la debida adaptación a la realidad digital, privilegia, en la práctica, a los productores de fonogramas.

Las propias pautas de los acuerdos globales de licencia generan graves problemas en el entorno digital. Actualmente se tiende a la verticalización en las relaciones entre los que intervienen en la cadena global de valor de la música, en la que hay un gran riesgo de que las

⁷ “Fair music: transparency and payment flows in the music industry”, del *Berklee Institute of Creative Entrepreneurship*.

plataformas digitales y las casas discográficas tomen el control de toda esa cadena de valor en el entorno digital.

Como señala David Byrne⁸, muchos servicios de transmisión por flujo continuo están a merced de las casas discográficas, en especial de las más grandes, y de acuerdos de no divulgación que impiden que todas las partes sean más transparentes, lo que constituye el principal problema que los artistas enfrentan hoy. Por ejemplo, cuando los artistas cuestionan las plataformas digitales por la manera en que se distribuyen los recursos provenientes de la publicidad no consiguen obtener una respuesta concreta y con números exactos. Por lo tanto, según Byrne, para que los músicos y sus defensores puedan implementar un sistema más justo de pago, necesitan que las cosas estén claras.

El predominio de los actores económicamente más fuertes crea riesgos de formación de modelos de negocios concentrados en unas pocas empresas, sea como proveedores de servicios digitales (monopolios/oligopolios), sea como consumidores de obras protegidas (monopsonios/oligopsonios), lo que normalmente perjudica los intereses de autores y artistas intérpretes y ejecutantes, que tienden a ser el eslabón más débil de esta cadena.

La manera de organizar el mercado digital de la música crea un terreno fértil para otras prácticas desleales y anticompetitivas en el contexto de estos modelos de negocios. El uso de robots que aumentan artificialmente la utilización de determinados catálogos, las listas de reproducción creadas por productores de fonogramas y los algoritmos de búsqueda, que llevan a lo más conocido, tienden a inducir un consumo mayor de repertorios específicos, lo que constituye una práctica similar al soborno (“payola”), considerada ilegal en un gran número de países.

Los acuerdos globales de licencia de repertorios, en los que intervienen autores y artistas intérpretes y ejecutantes, dejan margen para vulnerar el principio de territorialidad, uno de los fundamentos básicos del derecho de autor. En estos acuerdos, a menudo la legislación de un país se impone a la de los demás, sin considerar las particularidades de cada territorio, en clara violación de lo dispuesto en el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre ADPIC.

La aplicación del principio de territorialidad entraña también la necesidad de que los recursos obtenidos con la concesión de licencias en un país sean recibidos en ese mismo país. Sin embargo, no se tiene certeza de ello ya que hay servicios digitales que exigen el pago por medio de tarjetas de crédito internacionales y en dólares EE.UU., y no en la moneda local, lo que dificulta la vigilancia de la circulación de estos recursos y permite que el uso de bienes intelectuales protegidos en un territorio sean remunerados en otro.

En este contexto, es preciso examinar no solo la verificación de eventuales prácticas anticompetitivas y la falta de transparencia en los negocios realizados en el entorno digital, sino también la imposición de normativas y de modelos de contrato por los actores más fuertes, en detrimento de los artistas intérpretes y ejecutantes, que ocurren, en gran medida, debido a la asimetría de información y al desequilibrio económico entre las partes en la relación contractual.

En este sentido, un sistema más justo de remuneración en el entorno digital supondría necesariamente un riguroso proceso de identificación de los titulares de derechos sobre las obras y los fonogramas utilizados, así como de las interpretaciones y ejecuciones asociadas a esas obras y fonogramas.

Considerando la dificultad de estandarizar la identificación de las obras por medio de la creación de registros internacionales, la creación de una base de datos mundial de titulares de derechos, obras, fonogramas e interpretaciones y ejecuciones, con el intercambio obligatorio

⁸ <http://davidbyrne.com/open-the-music-industrys-black-box>

de informaciones entre gobiernos, titulares y sociedades de gestión colectiva, podría resolver gran parte de los problemas asociados al mercado digital de la música, pues disminuiría los conflictos creados por la existencia de varias bases de datos.

Esta base de datos mundial también podría dotar de mayor transparencia la forma en que se distribuye la remuneración de los diferentes titulares de derechos, facilitando la identificación por los propios titulares de todas las utilidades hechas por usuarios finales de sus obras en las plataformas digitales.

Aunque el mercado digital sea una potencial fuente de ingresos para autores y artistas intérpretes y ejecutantes, ese potencial todavía no se ha materializado en la práctica, lo que genera gran insatisfacción en la comunidad de autores y artistas intérpretes y ejecutantes de todo el mundo. En general, los titulares originales de los derechos consideran que la remuneración que reciben es injusta, teniendo en cuenta la desproporción entre el valor recibido y la cantidad de veces que las obras son utilizadas. Proteger la propiedad intelectual y el sector musical va más allá de la lucha contra la piratería, y supone promover compensación justa para creadores y artistas intérpretes y ejecutantes. Aunque el rápido crecimiento de la transmisión por flujo continuo sea descrito a veces como alentador, permanece la cuestión del reparto justo de ingresos entre los diversos agentes de la cadena de valor⁹.

c) *La remuneración equitativa como opción al derecho exclusivo de autorización*

La posibilidad de remuneración equitativa por el uso de obras protegidas, en lugar del derecho exclusivo de autorización, contemplado en el WPPT y en el Tratado de Beijing, podría ser una opción para el entorno digital, pues facilitaría el uso de obras protegidas en las plataformas digitales y estaría en consonancia con la velocidad y el dinamismo que se observan en los modelos de negocios realizados en línea.

Más pertinente aún sería, al menos en el caso de los artistas intérpretes y ejecutantes, prever una remuneración equitativa como forma de garantizar una mejor remuneración por la comunicación al público y por la radiodifusión de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas, considerada en muchas legislaciones nacionales un derecho inalienable que no puede ser negociado en los contratos con las casas discográficas. Como ocurre con los derechos exclusivos, la remuneración equitativa podría garantizar un mayor equilibrio en las relaciones entre estos artistas y las casas discográficas.

Sin embargo, todavía hay restricciones para la aplicación de la remuneración equitativa. Además de no estar prevista en gran parte de las legislaciones nacionales, su aplicación en el ámbito multilateral se limita a las interpretaciones y a las ejecuciones fijadas en fonogramas. Además, no hay consenso entre autores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas respecto de los beneficios de la adopción de la remuneración equitativa en relación con la comunicación al público y la radiodifusión de sus obras. De ahí que este derecho rara vez sea utilizado, en comparación con el derecho exclusivo, lo que dificulta su adopción en el entorno digital.

De cualquier manera, este también es un tema a ser debatido en el ámbito internacional, a los fines de garantizar una remuneración más justa para los artistas intérpretes y ejecutantes. La solución también podría ser examinada en lo que respecta a los autores, considerando que las plataformas digitales utilizan las obras, principalmente, por medio de fonogramas. Al autorizar el uso de las obras en fonogramas los autores ya están ejerciendo su derecho exclusivo. Esto permite pensar en la posibilidad de garantizar una remuneración equitativa en el entorno digital también para los autores.

⁹ CISAC (2015). *Global Collections Report 2015*. Disponible en: <http://www.cisac.org/Cisac-University/Publications/CISAC-publishes-new-Global-Collections-Report>

d) *Limitaciones y excepciones a los derechos de autor en el entorno digital*

Las limitaciones y excepciones a los derechos de autor constituyen otra cuestión relevante en el entorno digital. La identificación de los distintos derechos relacionados con los usos de los bienes intelectuales protegidos en el entorno digital ya es un desafío, y todavía más lo es reconocer los usos que podrían considerarse limitaciones o excepciones aceptables en el ejercicio de esos derechos.

Los tratados internacionales como el WCT y el WPPT de la OMPI admiten la utilización de medidas tecnológicas como mecanismos necesarios para salvaguardar el ejercicio de derechos exclusivos –sobre todo aquellos relacionados con la represión de la falsificación– llegando incluso a alentar la penalización de actos destinados a suprimirlos o inutilizarlos respecto de cualquier obra o producción protegida.

Esas medidas tecnológicas ya eran aplicadas en los ejemplares de obras fijadas destinadas a los canales de comercio del entorno físico, impidiendo la copia del contenido de los soportes originales. Incluso en el entorno físico, dichas medidas eran un obstáculo al ejercicio de algunos usos considerados, en muchas legislaciones, como limitaciones o excepciones a los derechos de autor, como la copia privada.

En el entorno digital, el empleo de medidas tecnológicas se da de una manera mucho más natural y eficaz. Los modelos de negocios ya cuentan con las nuevas soluciones tecnológicas adaptadas al entorno digital, lo que permite un control casi absoluto de los bienes intelectuales digitales, algo jamás alcanzado en el entorno físico.

Estos nuevos modelos de negocios del entorno digital se desarrollan con el apoyo de nuevas tecnologías –como la transmisión por flujo continuo– y evolucionan en el sentido de dar acceso y restringir el acceso a los bienes intelectuales. Se abandona gradualmente la dinámica comercial clásica de venta o alquiler del bien, ya que se observan claros cambios en la naturaleza de los procedimientos relativos a la cesión de la titularidad o la posesión de esos bienes.

Los modelos de negocios caracterizados por la venta de bienes mediante la descarga, limitan, en cierta medida, la verdadera cesión de la titularidad de los bienes digitales y los consiguientes actos del usuario, que se ve obligado a atenerse al formato concreto de los bienes digitales que ha adquirido, a la aplicación que administra la cesión de los bienes y al perfil previamente inscrito. El formato digital del bien, por ejemplo, puede llegar a obstaculizar operaciones simples, como la interoperabilidad y portabilidad de estos bienes, lo que dificulta el libre tránsito entre diferentes medios y equipos.

En los modelos de negocios caracterizados por el alquiler de obras, como en el caso de servicios en los que el acceso a copias de obras solo puede realizarse previo pago, la transacción comercial se lleva a cabo mediante un control absoluto de la cesión de la titularidad por el proveedor del servicio, ya que la copia temporal en el dispositivo del usuario es hecha y retirada, remotamente, mediante medidas tecnológicas bajo el estricto control de los proveedores de esos servicios.

Por lo tanto, las restricciones tecnológicas limitan naturalmente el margen de maniobra de los usuarios en el entorno digital, ofreciendo un soporte material caracterizado por el control absoluto de todos los procesos inherentes al servicio ofrecido.

En este contexto, las imposiciones tecnológicas desempeñan un papel fundamental en la definición o identificación de los usos justos o aceptables como limitaciones o excepciones a los derechos de autor en el entorno digital.

Además, por si no bastasen los obstáculos tecnológicos que se plantean en el plano jurídico, en lo que atañe al entorno digital hay dudas acerca de la eficacia de la aplicación de la regla de los tres pasos para identificar limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

La dificultad reside en aplicar el segundo paso de la regla, es decir, que la excepción o limitación que se quiere establecer no sea incompatible con la explotación normal de la obra. A ello viene a añadirse el hecho de que en la Organización Mundial del Comercio, lo que se entiende por “normal” está asociado a prácticas que guardan coherencia con parámetros normativos internacionalmente aceptados.

Como los nuevos modelos de negocios en el entorno digital explotan los bienes intelectuales mediante el uso de medidas tecnológicas contempladas en tratados internacionales, toda limitación o excepción que requiera la supresión o inutilización de estas medidas tecnológicas podrá ser considerada no razonable, ya que sería incompatible con la forma “normal” de explotar económicamente esos bienes en el entorno digital.

En resumen, la posibilidad de reconocer limitaciones o excepciones aplicables a los derechos de autor en el entorno digital se ha visto restringida tanto por las medidas tecnológicas aplicadas en los nuevos modelos de negocios en el entorno digital, que habitualmente son presentadas como intrínsecas –algo inexorable– a las soluciones tecnológicas, como por lo que se contempla en los tratados internacionales respecto de esas medidas, en combinación con la aplicación de la regla de los tres pasos.

Sin embargo, a pesar de todas las dificultades, cabe destacar que las limitaciones y excepciones son de interés público e indispensables para salvaguardar otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el acceso a la cultura, al conocimiento y a la información.

Además, el usuario no puede ser considerado como un potencial infractor de derechos de autor, sino como quien financia, directa o indirectamente, toda la cadena mundial de negocios en el entorno digital, y que goza de derechos que necesariamente entrañan usos que pueden ser considerados como limitaciones o excepciones a los derechos de autor.

IV. Conclusión

La agenda digital y la adopción de los tratados de la OMPI –WCT y WPPT– allanaron el camino hacia el debate multilateral sobre la reglamentación de los derechos de autor en el entorno digital. Sin embargo, las soluciones adoptadas han demostrado ser insuficientes por el momento, a la luz de los avances tecnológicos y los nuevos modelos de negocios.

Esta realidad justifica el debate sobre el tema, en el ámbito de la OMPI, con la finalidad de encontrar una solución de consenso. Una solución que refleje los recientes avances en las tecnologías de la información y comunicación y los correspondientes modelos de negocios en el comercio electrónico.

Es necesario un análisis más exhaustivo de la cuestión a fin de alcanzar un consenso sobre la forma de actuar a fin de que la reglamentación de las cuestiones relacionadas con el entorno digital sea más eficaz en el plano multilateral.

Este debate es fundamental para el uso más justo y equilibrado de las obras intelectuales en el entorno digital. Este debate favorecerá el desarrollo del mercado digital de bienes intelectuales protegidos, lo que a su vez beneficiará a los titulares de derechos de autor y derechos conexos y a la comunidad internacional en general.

[Fin del documento]