

2008



**Propiedad Intelectual y
Gobernabilidad de Internet**

Carlos Affonso Pereira de Souza

Pedro Mizukami



Propiedad Intelectual y Gobernabilidad de Internet¹

Carlos Affonso Pereira de Souza

Pedro Mizukami

La tutela de la propiedad intelectual se ha transformado en un asunto de importancia fundamental para construir la gobernabilidad de internet. La protección de los derechos de autor, marcas y patentes es un asunto clave para poder optar entre los diversos modelos de regulación de algunos asuntos que, a veces, no se relacionan directamente con el tema de la propiedad intelectual, dificultando así esta percepción.

Aprovechando la oportunidad en que se reúne el FGI—Foro Mundial de Gobernabilidad de Internet—en Rio de Janeiro, entre los días 12 a 15 de noviembre de 2007, este artículo procura contribuir acerca de cómo se ha conducido el debate de la propiedad intelectual en los foros de discusión sobre gobernabilidad de internet. Se pone especial atención sobre el análisis que el tema de la propiedad intelectual recibió en el IGF-Rio, aunque las conclusiones que aquí se

presentan se refieren a un escenario más amplio, en el cual la propiedad intelectual aparece como un tema fundamental para que se construya un ambiente abierto, democrático y plural de regulación de la red.

I. Formación de un foro global sobre la gobernabilidad de internet

El Foro de Gobernabilidad de Internet (FGI) es fruto de los esfuerzos llevados a cabo en la reunión Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) realizó en dos fases: del 10 al 12 de diciembre de 2003, en Ginebra, y del 16 al 18 de noviembre de 2005, en Túnez². En la primera fase de la CMSI se elaboró la *Declaración de Principios de Ginebra* y el *Plan de Acción de Ginebra*³ ;

1 - Artículo encomendado al Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), de la Escuela de Derecho de la Fundação Getulio Vargas, por RITS – Red de Informaciones para el Tercer Sector, con la intención de colaborar con las reflexiones sobre el proceso del Foro de Gobernabilidad de Internet, principalmente en lo que se refiere a la segunda edición del foro, realizada en Rio de Janeiro del 12 al 15 de noviembre de 2007 y sus repercusiones.

2 - Resolución 56/183 de la Asamblea General de la ONU, del 12 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002.pdf>. Fecha de acceso: 30.10.07.

3 - <http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=11611160>. Fecha de acceso: 30.10.07.

en la segunda, se redactó el *Compromiso de Túnez* y la *Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información*⁴.

La finalidad de la CMSI fue establecer un espacio de discusiones acerca de cómo se podrían utilizar las tecnologías de información y comunicación para cumplir los principios y alcanzar las metas de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas⁵. En síntesis, se trata de que las tecnologías de información y comunicación ofrecerían enormes potenciales para ampliar el acceso a la información y al conocimiento, de modo que la falta de acceso a las propias tecnologías tendría una repercusión negativa en las cuestiones de desarrollo.

Durante la CMSI se desarrolló, entonces, un concepto de *governabilidad de internet* mucho más abarcador de lo habitual, que se limita a aspectos técnicos de la estructura y funcionamiento de redes; por ejemplo, protocolos que permiten que se forme internet, procesos para fijar estándares, o sistemas de nombres de dominios etc. Ese concepto considera internet como un mecanismo global público ("*global facility available to the public*") y cuya administración debería ser transparente y democrática,

con la participación de gobiernos, sector privado, sociedad civil y organizaciones internacionales. La *administración de internet*, de acuerdo con la *Declaración de Principios de Ginebra*, no sólo engloba problemas de orden estrictamente técnicos, sino también la discusión de cualquier política pública relevante para la gestión de la red como un recurso disponible a escala mundial⁶.

Con este contexto como telón de fondo, el FGI surgió, más específicamente, a partir de las discusiones que ocurrieron en la segunda fase de la CMSI, donde se previó su creación en el ítem 72 de la Agenda de Túnez. Éste determinó la constitución de un foro nuevo para la discusión de políticas públicas relacionadas a la gobernabilidad de internet, buscando incentivar el diálogo entre una multiplicidad de interesados (abordaje de *multi-stakeholder*) de manera multilateral y transparente⁷.

Entre las atribuciones del FGI⁸, las más importantes que pueden señalarse son: discutir políticas públicas relacionadas a los elementos-clave de la gobernabilidad, dentro de la perspectiva de proporcionarle a internet sostenibilidad, robustez, seguridad, estabilidad, así

4 - <http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=2266|2267>. Fecha de acceso: 30.10.07.

5 - Resolución 55/2 de la Asamblea General de la ONU, del 8 de septiembre de 2000. Disponible en: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>>. Fecha de acceso: 30.10.07.

6 - La Agenda de Túnez es el documento que establece planes para implementar los principios de la CMSI, y define de manera clara las ideas de Internet y de gobernabilidad en sus artículos 34, 58 y 59: "34. Una definición de trabajo de la gobernabilidad de Internet es el desarrollo y aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en el desempeño de sus respectivos papeles, de principios compartidos, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que dan forma a la evolución y a la utilización de Internet."; "58. **Reconocemos** que la gobernabilidad de Internet supone más que la atribución de nombres y direcciones de Internet. Incluye otros aspectos importantes de política pública, tales como, entre otros, los recursos críticos de Internet, la seguridad y protección de Internet y los aspectos y cuestiones de desarrollo relativos a la utilización de Internet."; "59. **Reconocemos** que la gobernabilidad de Internet incluye temas sociales, económicos y técnicos, incluida la asequibilidad, la fiabilidad y la calidad de servicio."

7 - Agenda de Túnez, 73.

8 - Agenda de Túnez, 72.

como su desarrollo e interacciones con entidades intergubernamentales; facilitar el intercambio de informaciones y mejores prácticas, por medio del uso del conocimiento de las comunidades académicas, científicas y técnicas; identificar problemas emergentes, planteándolos ante las autoridades y el público en general, ofreciendo recomendaciones cuando sea pertinente; y fortalecer e incentivar el engarce de las partes interesadas en procesos existentes y futuros de gobernabilidad de internet. Al mismo tiempo, se apunta una preocupación nítida con el fomento a la inclusión digital y con la participación de países en desarrollo en los procesos de gobernabilidad, lo que refleja el vínculo de origen de la CMSI con los principios de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas.

Cabe subrayar que el objetivo del FGI, de acuerdo con el ítem 73 de la Agenda de Túnez, es *sumarse* a las estructuras de gobernabilidad de internet ya establecidas, sin sustituirlas, actuando como un facilitador de contactos dentro de la multiplicidad de actores interesados en las cuestiones de gobernabilidad — gobiernos, sociedad civil, empresas, organizaciones intergubernamentales — y ofreciendo recomendaciones y mejores prácticas como vectores, para instituir políticas públicas en diversos niveles. Se prevé que el FGI se reúna periódicamente. La reunión de Rio, realizada del 12 al 15 de noviembre de 2007 fue la segunda de ellas, ya que la primera ocurrió en Atenas en 2006, cuando se formaron una serie de

“coaliciones dinámicas” concentradas en intereses específicos, muchos de los cuáles se relacionan más o menos directamente con el debate sobre propiedad intelectual.

2. Propiedad intelectual y gobernabilidad de internet

La “propiedad intelectual” no es un rótulo libre de problemas. Como ya se sabe, abriga derechos relativos a bienes que, aunque tengan la característica común de su intangibilidad por causa de la propia *información* considerada en un sentido amplio, son bastante diferentes entre sí. Cuando se habla de propiedad intelectual, puede tratarse de derechos de autor, patentes, marcas registradas, cultivos, topografías de circuitos integrados, etc., por lo que en algunas ocasiones, al mencionar la *propiedad intelectual* se pueden causar confusiones indeseadas, sobre todo cuando se trata de discutir políticas públicas — lo que vale para un régimen ideal de derechos de autor, no vale necesariamente para un régimen ideal de patentes⁹.

Por otro lado, el rótulo puede ser conveniente como foco aglutinante de asuntos que involucran todos, o en buena parte, los derechos en cuestión, como el acceso al conocimiento. De todas formas, el término se incorporó con tanta fuerza al repertorio conceptual del derecho,

9 - Por esto mismo, Richard Stallman recomienda evitar el uso del término “propiedad intelectual” y, en su lugar, especificar cuáles son los derechos en juego. Ver: STALLMAN, Richard. Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage. Disponible en: <<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>>. Fecha de acceso: 22.10.07.

de la economía y de la política, así como en estructuras institucionales corporativas y del derecho internacional, que hoy sería inviable dejarlo de lado. Dada su diseminación, ahora sólo resta explicitar las distinciones existentes cuando se usa una sigla como IPRs (*intellectual property rights* – derechos de propiedad intelectual). El problema se presenta muy concretamente cuando la propuesta es analizar la presencia de éstos en el FGI-Rio: ¿cuáles serían los temas relevantes dentro de un abanico tan amplio?

Los *IPRs* que tienen un peso mayor en las cuestiones relativas a la gobernabilidad de internet – en el sentido amplio de gobernabilidad, adoptado por el FGI – son los *derechos de autor*, debido a los instrumentos de la tecnología digital y a las estructuras de distribución de contenidos en la red que se han colocado a servicio de cualquier persona común para reproducir la información o modificarla fácilmente. Este artículo hace un seguimiento de los derechos de autor que actualmente prevalecen en los debates dedicados a analizar las políticas públicas acerca de la propiedad intelectual. También procura identificar, en las discusiones realizadas en el FGI-Rio, los posibles puntos de contacto entre la agenda del evento y los problemas relacionados con los derechos de autor. Otros *IPRs*, sin embargo, son muy relevantes también para la cuestión de la gobernabilidad de internet, como en el

caso de las patentes y las marcas registradas. Las patentes, en particular, son relevantes en lo que se refiere a la propia definición de *open standards*¹⁰ – un tema bastante presente en el FGI-Rio – así como al desarrollo de *software libre*, que tiene un rol estructural muy importante en el funcionamiento de la red.

Al observar las coaliciones dinámicas que se formaron en el FGI¹¹ de Atenas, y que estuvieron presentes en el FGI-Rio, sólo una incluye abiertamente los *IPRs* entre sus principales preocupaciones: *A2K@IGF* (*access to knowledge at IGF*). Las otras coaliciones tratan este tema de manera indirecta, como parte de una cuestión más genérica o, simplemente, no lo abordan debido a que no está vinculado al tema en debate. La coalición de la Declaración de Derechos en Internet merece atención, por ser un ejemplo como coalición que da relevancia a temas de propiedad intelectual, pero cuyas metas son más amplias, como es el caso de establecer directrices para regular los derechos fundamentales – dónde se incluyen aquellos relacionados a los *IPRs* – en el ámbito de internet.

Entre los temas presentes en el FGI, a juzgar por el resultado de los trabajos emprendidos por las coaliciones dinámicas y por los principales paneles formados con especialistas en gobernabilidad de la red, podemos señalar como focos potenciales de discusión sobre *IPRs* en el

10 - Open standards son especificaciones abiertas, que se pueden aplicar de diferentes maneras y que cumplen una función doble: **a)** evitar que los consumidores se queden atrapados en los formatos propietarios, controlados por determinados proveedores; y **b)** proporcionar mayores posibilidades de compatibilidad, por estandarización, entre software/software y hardware/hardware. Para que se apliquen, ellos no pueden estar vinculados al pago de cualquier especie de royalties. Ver, para obtener una definición: PERENS, Bruce. Open standards: principles and practices. Disponible en: <<http://perens.com/OpenStandards/Definition.html>>. Fecha de acceso: 22.10.07. Hay que considerar que, a veces, los open standards también se diferencian de los open formats, pero esta discusión va más allá del foco del presente artículo.

11 - Ver <<http://www.intgovforum.org/Dynamic%20Coalitions.php>>. Fecha de acceso: 22.10.07.

FGI a los siguientes: **a)** excepciones y limitaciones de los derechos de autor; **b)** modelos alternativos de licencias; y **c)** medidas técnicas/tecnológicas de protección (TPM) y sistemas de gestión de derechos digitales (DRM). El rico repertorio del tema de los derechos de autor, a partir de los puntos temáticos indicados, no se agota aquí — mucho menos los derechos de propiedad intelectual, en general — y otros fueron recordados durante el evento. Pero, para efectos de este artículo, una breve exposición de los temas elegidos ya es suficiente, identificando su posible conexión con las sesiones del FGI-Rio.

2.1 Derechos de autor – excepciones y limitaciones

En la medida que internet y, en general, las tecnologías de información y comunicación amplían la accesibilidad a contenidos y a *herramientas* para producir contenidos, los regímenes de excepción y de limitaciones a los derechos de autor aparecen como una de las preocupaciones fundamentales de la gobernabilidad¹². Si bien a los autores se les aseguran los derechos exclusivos (así como a quienes se les transfieren esos derechos) como una forma de fomentar la creación y divulgación de obras intelectuales, por otro lado hay necesidad de sopesar los intereses en juego con relación al acceso y al uso de

contenidos cuando se trata de incentivos que esas normas de derechos de autor proporcionan teóricamente.

El tema de las excepciones y limitaciones es extremadamente relevante en el ámbito del FGI. En el caso que se defienda una normativa hostil con relación a algunos cambios tecnológicos, sociales y económicos en curso, es probable que la propia estructura de la red se conforme de manera tal que excluya el acceso al contenido o la posibilidad de que los usuarios de la red puedan manipular y transformar las informaciones. Tal vez la principal preocupación que habría que recordar cuando se asocia la gobernabilidad de internet a los derechos de autor, se refiere a la preservación de un ambiente donde exista un equilibrio efectivo entre los intereses de los autores, editores y usuarios de contenidos — categorías que mantienen, cada vez más, un alto grado de superposición¹³ —, sin que por ello se establezcan obstáculos a las nuevas posibilidades que internet proporcione, sea en términos de nuevos modelos de negocios o con relación al desarrollo de tecnologías o a la democratización del acceso a las herramientas de producción y distribución de informaciones.

A pesar de su importancia, un análisis histórico del camino recorrido por las excepciones y limitaciones aplicadas a los

12 - En este caso, no se diferencian las excepciones de las limitaciones a los derechos de autor. Es posible diferenciarlas, pero se puede entrar en un círculo vicioso semántico. Es posible conceptualizar excepciones como siendo limitaciones y limitaciones, como excepciones, por lo que no es útil establecer distinciones. En relación con este artículo, se entiende que tanto las excepciones, como las limitaciones, son derechos relacionados a los usos permitidos de contenidos protegidos y que independientemente de la autorización de quien goza el usufructo de los derechos de autor.

13 - Ver BENKLER, Yochai. "From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access". *Federal Communications Law Journal*, n. 52, v. 3, p. 561-579.

derechos de autor demuestra que en muchos debates se los ha dejado en segundo plano, sin reconocer su extremada relevancia para el propio debate. Este es el caso, por ejemplo, por el cual un régimen de derechos de autor demasiado rígido e inflexible con relación a la educación y a la propia producción de contenidos tiene efectos negativos, que los derechos exclusivos quieren fomentar. La razón principal que se podría atribuir a la costumbre de no tratar las excepciones y limitaciones con la debida profundidad y amplitud, es la apropiación del proceso legislativo referente a la materia por parte de un reducido número de actores, lo que sucede desde la fundación de los regímenes de derecho de autor¹⁴. Esta apropiación llevó a positivar normas que atienden a intereses predominantemente industriales, en detrimento de otros que son igualmente relevantes, imponiéndole barreras discursivas a cualquier movimiento de reforma.

Después de la explosión de internet y de la tecnología digital, esta situación se fue modificando poco a poco. Algunos sectores de la sociedad, que antes estaban ajenos a los debates de política pública relativa a los derechos de autor, por primera vez se vieron involucrados en discusiones

intensas acerca de las funciones y los atributos de estos derechos. Así, la cuestión de las excepciones y limitaciones surge como algo inevitable, íntimamente vinculada a la propia *fundación* de un régimen de derechos de autor. Además de esto, ideas como el *acceso al conocimiento* surge como un foco aglutinante de cuestiones relacionadas a la producción y al flujo de la información, forzando a que el tema de las excepciones y limitaciones tenga una exposición mayor. Ahora se las analiza sobre la base de parámetros derivados de otros derechos, cuya presencia en la evaluación crítica a los regímenes tradicionales estaba anteriormente más reducida o se los consideraba conviviendo armoniosamente con estos regímenes.

Sin embargo, al tratarse de un foro como el FGI, pueden señalarse algunos problemas de derecho comparado. Si algunos países mantienen todavía alguna tradición en lo que atañe a la discusión de los efectos negativos potenciales de los derechos de autor sobre otros derechos e intereses, como en el caso de los EEUU¹⁵, en países como Brasil ocurre lo contrario. En éste, un discurso con fundamento *jus naturale*¹⁶ impide que se aborde la función de los derechos de autor de forma crítica y que se la investigue con seriedad,

14 - Ver PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in historical perspective. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004; LITMAN, Jessica. Digital copyright. Amherst: Prometheus Books, 2001; DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. Information feudalism: who owns the knowledge economy? New York: The New Press, 2003.

15 - Ver, como ejemplo: PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. The nature of copyright: a law of users' rights. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.

16 - Es decir, tesis que apoyan la fundación del derecho de autor en cuestiones previas a la propia existencia del ordenamiento jurídico, justificando su existencia, muchas veces, por la propia naturaleza humana, por el orden racional de las cosas o por razón de un "proceso civilizador".

17 - Vale subrayar que, aunque es correcto decir que tanto en los países regidos por el Derecho Civil, como por el Derecho Común, se puede señalar la influencia de justificaciones utilitaristas y de *jus naturale* que operan en conjunto, para sustentar los regímenes de derecho de autor/copyright, como lo señala Goldstein (Ver GOLDSTEIN, Paul. International copyright. Oxford: Oxford University Press, 2001), cuando se trata del énfasis dado, existe una nítida diferencia. El fundamento *jus naturale* de los derechos de autor tiene mucha más fuerza en países de tradición romano-germana, lo que afecta hasta la propia forma de interpretación del fundamento utilitarista y elimina la variedad de puntos de vista en la literatura jurídica: se acepta la idea que los derechos de autor son necesarios para proteger la propiedad y la personalidad del autor – a veces para proteger la personalidad vía la protección de la propiedad. Con esto, los intereses de la colectividad y otros intereses y derechos individuales no entran en juego y sufren los efectos de la exclusividad de los derechos de autor.

tanto en sus aspectos teóricos como en lo concerniente a su implementación normativa práctica¹⁷.

Dentro de esta perspectiva, se considera que los autores son genios frágiles y que necesitan protección en niveles extremos¹⁸, ya que sin éstos el proceso cultural dejaría de existir, cuando en realidad se pueden apuntar arreglos diferenciados para la producción de la información¹⁹ y, consecuentemente, proponer diferentes modelos legislativos en contraposición al tradicional. Siendo así, hay una variedad de puntos de vista en lo que atañe a la fuerza de los argumentos para fundamentar los derechos de autor entre los diversos países — lo que es relevante, ya que se trata de un foro global como el FGI. Vale observar que también hay que recordar los nuevos argumentos relacionados con estrategias de producción de la información, como los señalados por Benkler y von Hippel, entre otros, en la medida en que ellos llevan a una reevaluación de los paradigmas tradicionales utilitaristas y de *jus naturale*²⁰.

Otro problema que merece destaque es la existencia de varios modelos para que se establezcan las excepciones y limitaciones de los derechos de autor. El modelo pautado por los criterios generales del *fair use* norteamericano es muy diferente del modelo vigente en países de tradición

romano-germana, pues ellos operan basados en rígidas listas de excepciones y limitaciones, que muchas veces se interpretan sin llevar en consideración los fundamentos constitucionales del régimen del derecho de autor. Otro factor que es preciso considerar en un foro internacional es la diversidad de abordajes para la implementación de un sistema de excepciones y limitaciones. Se necesita encontrar un repertorio común para la discusión de este tema, de modo que las orientaciones que se establezcan tomen en cuenta la diversidad observable, en lo que se refiere a argumentos para fundamentarlo y a formas de implementación, para que la propuesta de políticas públicas sea compatible con el contexto actual de internet sin sacrificar los potenciales de innovación y de acceso al conocimiento que él trae en su seno.

2.2 Modelos alternativos de licencias

Gracias a la explosión y popularización del movimiento del *software libre*, y a la estrategia de *marketing* del movimiento *open source*, han comenzado a proliferar nuevos modelos de licencia que ofrecen alternativas a las leyes estándar del derecho de autor. También se están adoptando ampliamente como plataformas de colaboración colectiva o, inclusive, como soporte para modelos de negocios innovadores basados en la

18 - En sintonía con la concepción romántica de la autoría, según la descripción de Woodmansee y Boyle. Ver WOODMANSEE, Martha. The genius and copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'. *Eighteenth-century studies*, v. 17, i. 4, p. 425-448; BOYLE, James. *Shamans, software, & spleens: law and the construction of the information society*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1996.

19 - Ver BENKLER, Yochai. Intellectual property and the organization of information production. *International review of law and economics*, v. 22, n. 1, p. 81-107.

20 - Ver, en general, BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006; HIPPEL, Eric von. *Democratizing innovation*. Cambridge/London: The MIT Press, 2005; HIPPEL, Eric von. Open source software projects as user innovation networks. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*, Cambridge: MIT Press, 2005.

21 - <<http://creativecommons.org/>>. Fecha de acceso: 22.10.07.

producción individual, de manera no-colaboradora. El conjunto de licencias del proyecto *Creative Commons*²¹ es un caso paradigmático.

Las bases jurídicas para elaborar licencias libres, en general, son las mismas que se establecen dentro del régimen tradicional de derechos de autor, que se basan en la concesión de permisos variables de tipo autor-usuario, en oposición a la reserva habitual de *todos* los derechos atribuidos al autor, típica de los modelos de negocios que se desarrollaron después de la creación de los sistemas de derechos de autor, a partir del siglo XVIII²² dentro de las estructuras de la producción cultural, con la consecuente transferencia de la dominación del mecenazgo para la dominación del mercado²³. Toda la estructura jurídica que se erigió y que se modificó para acompañar esta transición funciona a partir de ciertos presupuestos acerca de cómo el mercado cultural funciona, así como sobre cuáles serían los mejores arreglos jurídico-económicos que proporcione incentivos a los autores, necesarios para que produzcan y continúen produciendo.

Lo que ocurre es que, contrario a lo que sostiene la lógica habitual y de lo que pregonan las doctrinas jurídicas y

económicas, las teorías de los regímenes de derecho de autor no contemplan plenamente el fenómeno de la motivación para producir contenidos, considerando todas sus sutilezas. La motivación para producir no depende necesariamente de incentivos económicos y, aunque dependa de éstos, puede que no dependa de la existencia de derechos exclusivos²⁴.

Si por un lado, los modelos alternativos de licencias dependen del régimen tradicional de derechos de autor, por otro también son ejemplos muy nítidos de cuán desequilibrado está el sistema vigente, a favor de ciertos modelos de negocios y estructuras de producción cultural que inclusive pueden actuar en algunos contextos como incentivos *negativos* para esta producción²⁵. Los modelos de licencia libre forman parte, así, de un movimiento que busca modificar “de abajo para arriba” las normas ya establecidas sobre el derecho de autor²⁶, a partir del derecho contractual, lo que lleva a repensar las relaciones productor-distribuidor-usuario de contenidos en la propia práctica.

En términos de la gobernabilidad de internet vale señalar que, así como las licencias libres actúan como soportes de plataformas legales para repensar el derecho de autor

22 - Ver PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in historical perspective. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004; GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. Foundations of intellectual property. New York: Foundation Press, 2004.

23 - Ver WOODMANSEE, Martha. The genius and copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'. Eighteenth-century studies, v. 17, i. 4, p. 425-448.

24 - BENKLER, Yochai. Intellectual property and the organization of information production. International review of law and economics, v. 22, n. 1, p. 81-107; BENKLER, Yochai. The wealth of networks. New Haven/London: Yale Universal Press, 2006, p. 35-58.

25 - DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. Information feudalism: who owns the knowledge economy?, New York: The New Press, 2003, p. 179.

26 - LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005, p. 75.

y para que los actores que se encuentran dispersos por el mundo colaboren de manera coordinada en la producción de diversos contenidos, también están todos insertos en un contexto de crisis de la propiedad intelectual en el cual hay contra-ofensivas de actores interesados en maximizar, en grados absolutos, el régimen ya en vigor, en vez de buscar adaptarlo a las transformaciones tecnológicas, sociales y económicas actuales.

Como las nuevas creaciones dependen siempre, en alguna medida, de creaciones pretéritas, la producción reciente de normas para los derechos de autor, así como otras normas afines (las que imponen sanciones cuando se violan las TPM y sistemas DRM, por ejemplo), puede perturbar el ecosistema institucional que permite la producción vía colaboración²⁷, así como las producciones individuales que dependan en gran parte del reaprovechamiento de material, que no está necesariamente libre de protección de los derechos de autor.

Dado que internet es, por excelencia, un ambiente que abre posibilidades para estas nuevas modalidades de producción cultural, es importante que las políticas públicas referidas a la gobernabilidad de internet incorporen, como una preocupación fundamental, la defensa de un espacio que permita que las

iniciativas de producción/mantenimiento/gestión de la información tengan continuidad fuera de las estructuras industriales tradicionales. Se subraya aquí la necesidad de considerar, en el caso del *software*, no apenas las normas de derechos de autor sino también la legislación sobre las patentes.

2.3 TPMs y sistemas de DRM

Otro tema relevante para el debate en torno a propiedad intelectual en el proceso del Foro de Gobernabilidad de Internet FGI-Rio, es el de las TPMs (technical/technological protection measures — medidas tecnológicas/técnicas de protección) y sistemas de DRM (*digital rights management* — gestión digital de derechos o gestión de derechos digitales).

Tanto TPMs, como los sistemas de DRM, generalmente se los considera conjuntamente, aunque los conceptos no sean plenamente equivalentes²⁸. Ellos se superponen en gran medida pero, para ser más exactos, TPM se refiere a cualquier tipo de medidas técnicas que se destinen a controlar el acceso y/o el uso de contenidos, mientras los sistemas de DRM son arreglos tecnológicos complejos destinados a ejecutar contratos electrónicos de manera automatizada. De hecho, como la función

27 - BENKLER, Yochai. The wealth of networks, p. 383-459.

28 - KERR, Ian; MAURUSHAT, Alana; TACIT, Christian S. Technical protection measures: part I, p. 18-19. Disponible en: <http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/protection/protection_e.pdf>. Fecha de acceso: 01.01.07; RUMP, Niels. Digital rights management: technological aspects. In: BECKER, Eberhard et alii (eds). Digital rights management: technological, economic, legal and political aspects. Berlin: Springer, 2003, p. 3-4.

29 - Ver: GILLESPIE, Tarleton. Wired shut: copyright and the shape of digital culture. Cambridge/London: The MIT Press, p. 267-274; MEURER, Michael J. Copyright law and price discrimination. Cardozo law review, v. 23, n. 1, p. 55-148.

más visible de un sistema de DRM es controlar el acceso y el uso de contenidos, ambos mecanismos son vistos equiparadamente, lo que a veces puede confundir la comprensión adecuada de estos fenómenos.

Los debates se concentran en torno a la reproducción no autorizada o piratería, cuando en realidad los sistemas de DRM tienen como objetivo, principalmente, permitir que los contratos de adhesión relacionados al contenido digital sean auto-ejecutables y que, por este medio, puedan viabilizarse modelos de negocios basados en discriminación abusiva de precios²⁹. Esto involucra la inclusión del cobro por el uso de contenidos que antes no se cobraban, como el número de veces en que se puede oír una determinada música, por ejemplo. Otro componente habitual de sistemas de DRM se refiere al uso de instrumentos de monitoreo de hábitos de consumo, para elaborar bases de datos que, además de servir para el *marketing* direccionado, también son un bien en sí mismos y que en algunos países están protegidos como propiedad intelectual³⁰.

Ambos sistemas tienen serios problemas al ser aplicados. Estos pueden ser de orden **técnica**, ya que hasta este

momento no existe ningún sistema de DRM inviolable³¹, fuera de un sistema utópico *trusted computing* — un ecosistema *totalmente* cerrado entre los componentes de *hardware y software* —³² que está pendiente, por lo que no hay perspectivas de un control eficaz de la reproducción y manipulación de la información por vía tecnológica. Los problemas de implementación también son de orden **jurídico**, debido a que los sistemas de DRM pueden encontrar barreras en los derechos de determinados estados, como sucede en Brasil, cuya legislación para el consumo, en el caso de contratos electrónicos de contenido digital, no permite prácticas tan comunes como los contratos de adhesión³³, por causa de los dispositivos relativos a los derechos del consumidor. Por último, existen problemas **coyunturales**, pues el contexto económico, social y tecnológico actual es hostil a las tentativas de los modelos de negocios de apenas modificar los modelos antiguos para adaptarlos al espacio de la red, en vez de adaptarlos a las radicales alteraciones provocadas por la transición de una economía de información industrial para otra de información en red, que además incluye la intensificación de formas de producción de contenidos por medio de la colaboración, y todo por medio de internet³⁴.

30 - Los daños a la privacidad de los consumidores son la consecuencia más obvia de este tipo de práctica. Ver: COHEN, Julie. DRM and privacy. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p. 48.

31 - Con relación al fiasco más reciente del sistema AACs, que tiene serias brechas de seguridad, ver: REIMER, Jeremy. New AACs 'fix' hacked in a day. *Ars Technica*. <<http://arstechnica.com/news.ars/post/20070531-new-aacs-fix-hacked-in-a-day.html>>. Fecha de acceso: 22.10.07. Además, para apreciar ejemplos de una lista que no se agota, ver: <http://www.cdmediaworld.com/hardware/cdrom/cd_protections.shtml>. Fecha de acceso: 07.01.07. Todavía más, el sistema tradicional de busca de cracks con relación a la violación de TPM y de sistemas de DRM, Astalavista, está disponible en: <<http://astalavista.box.sk/>>. Fecha de acceso: 07.01.07.

32 - Ver WALKER, John. *The digital imprimatur. Knowledge, technology, & policy*, v. 16, n. 3, p. 24-77. También disponible en: <<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur/>>. Fecha de acceso: 06.12.07

33 - Código de Defensa del Consumidor, art. 51, I.

34 - Ver: BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006.

Es importante percibir que, a partir del uso de sistemas de DRM, el núcleo normativo básico de las normas del derecho de autor, impuestas por ley, fue redireccionado para otro de las normas de derecho contractual, impuestas apenas por una de las partes de la relación de consumo, cuando se trata de la regulación de conductas referidas al uso de bienes intelectuales. Así, se establece un sistema totalmente privado de normas correspondientes al acceso y uso de obras en formato digital. Uno de los objetivos de estos sistemas es, de hecho, establecer normas auto-ejecutables — que se implementan por medios técnicos — para controlar el acceso y uso de contenidos, lo que significa un franco desacato a las limitaciones de derecho de autor establecidas por el ordenamiento jurídico³⁵.

Ya que las TPM y los sistemas de DRM muchas veces dependen de la comunicación remota entre computadoras y de las estructuras de internet, se pueden considerar como algo prioritario en las discusiones sobre gobernabilidad. Esto se debe, principalmente, a que podrían provocar mutaciones estructurales en la propia configuración de la

red si se insistiera en adoptar ciertos estándares, prácticas y sistemas de control de contenido de manera obligatoria, por la vía legal. Hay diversos motivos para no defender la adopción de estos sistemas³⁶, pero hay actores interesados no sólo en implementarlos técnicamente, sino también en que tengan sustento y protección legal, en detrimento de otros derechos afectados.

3. El debate sobre propiedad intelectual en el FGI-Rio

Pasamos entonces a analizar la presencia de temas relacionados a propiedad intelectual en la composición de las sesiones y grupos temáticos de la segunda reunión del FGI, realizada en Rio de Janeiro.

La agenda del FGI-Rio se dividió en seis grupos temáticos: *recursos críticos de internet (critical internet resources)*, *acceso (access)*, *diversidad (diversity)*, *apertura (openness)*, *seguridad (security)* y *cuestiones emergentes (emerging issues)*. Si se quiere

35 - Aunque hubiera intenciones de que se respeten las limitaciones a los derechos de autor, esto sería prácticamente imposible en un sistema de DRM, por cuestiones de orden práctico. Solo se pueden implementar eficazmente situaciones problemáticas que admitan una respuesta válida, por afirmación o negación, debido a la arquitectura de DRM. Por ejemplo, decidir lo que significa un "pequeño trecho" de una obra, donde incida la limitación caracterizada en el art. 46, II, de la Ley de Derechos de Autor del Brasil, es algo que exige la intervención humana y la verificación caso por caso. Sistemas de excepciones y limitaciones, como la cuestión del fair use norteamericano, son todavía más difíciles de aplicar en el contexto de un sistema de DRM, ya que exigen una mayor interferencia humana para adecuarlos a los principios establecidos legalmente para cada caso concreto. Ver: ERICKSON, John S. Fair use, DRM, and trusted computing. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p. 34-39.

36 - Se podrían indicar los motivos siguientes: **(a)** desperdicio de recursos: el dinero que se gasta con el desarrollo de sistemas de DRM se podría emplear con otras finalidades, inclusive con la producción de contenidos; **(b)** la naturaleza anticonsumista de los sistemas de DRM podría alejar a los consumidores y ser contraproducente en términos mercadológicos; **(c)** las normas que protegen las TPMs y los sistemas de DRM contra su violación, podrían causar grandes daños secundarios a la investigación y a la educación; **(d)** a partir de la construcción de bases de datos no-transparentes y, frecuentemente, sin que haya consenso entre las partes afectadas, se pone en riesgo el derecho a la privacidad de los destinatarios de los sistemas; **(e)** estos sistemas no tienen capacidad de atender a las exigencias de los regímenes de limitaciones y excepciones, por lo que pasa a valer el derecho contractual como un "derecho alternativo de autor", que no es lo mismo que lo que existe en la ley; **(f)** como consecuencia de esto, se transfieren totalmente, desde lo público para lo privado, las decisiones normativas que se refieren a las políticas públicas, sobre el uso, el flujo, el control y la producción de la información, y que se imponen a partir de contratos electrónicos ejecutados automáticamente.

37 - <http://www.intgovforum.org/Rio_Meeting/IGF.SynthesisPaper.24.09.2007.rtf>. Fecha de acceso: 26.10.07.

tener más detalles, se puede consultar el trabajo síntesis elaborado sobre la base de las contribuciones enviadas al FGI por los actores involucrados³⁷. De cualquier forma, los grupos temáticos se pueden resumir de la siguiente manera:

- **Critical internet resources** (*recursos críticos de internet*) es un rótulo que se refiere a temas predominantemente técnicos, relacionados con la propia infra-estructura de internet, tales como el sistema de nombres de dominio, la determinación de estándares, *peering* e interconexión, etc. Estos asuntos están íntimamente vinculados a la idea de gobernabilidad de la red en su sentido original más estricto;
- **Acceso** agrupa las preocupaciones relacionadas con problemas de inclusión digital, considerando el análisis de políticas públicas que podrían fomentar ambientes institucionales aptos para incentivar la construcción de una infra-estructura técnica/socio-económica, de manera que se pueda garantizar el acceso a poblaciones que no estén conectadas;
- **Diversidad**, en síntesis, cuida la diversidad lingüística en internet. Hoy en día, el inglés actúa como una lengua franca de internet, por lo que algunos actores se preocupan con el espacio dedicado a otras lenguas, comparativamente menor, así como con la consecuente escasez de contenidos en otras lenguas;
- **Apertura** trata del acceso a la información y su flujo, tanto con relación al derecho a la libertad de expresión, como a derechos de propiedad intelectual;

- **Seguridad**, como su propio título lo anuncia, reúne temas muy diversos, tales como la prevención de crímenes digitales, privacidad, terrorismo, así como la protección a la infancia en internet;

- **Cuestiones emergentes** tiene como objetivo debatir la formulación de políticas públicas para internet, considerando cuestiones como los impactos económicos y políticos provocados por el crecimiento de la red, los efectos provenientes de la expansión de contenidos generados por los usuarios y las posibilidades de aplicar la legislación antitrust, para garantizar la libre competencia en internet.

Todas las sesiones y talleres del FGI pueden vincularse a por lo menos uno de los grupos que se mencionan más arriba. El grupo más relevante, cuando se trata de IPRs, es el de *apertura*, pero en todos los demás hubo espacio para discutir cuestiones sobre derecho de propiedad intelectual, aunque sea de manera tangencial — principalmente si se tiene en cuenta el carácter expansionista del debate sobre IPRs, que hace que conceptos fundamentales sobre el tema lleguen a ser necesarios aún en debates más técnicos.

Si se quiere revisar la presencia de los derechos de propiedad intelectual en las sesiones del FGI-Rio, primero conviene identificar cuáles podrían considerarse directamente como relevantes. Examinando el cronograma del evento, podemos señalar las siguientes sesiones como las más interesantes: *Freedom Online*, *The Digital Education and Information Policy Initiative: Towards the*

Development of Effective Exceptions to and Limitations on Copyright in the Realm of Digital Education, Fundamental Freedoms in the Internet Governance Forum: Protecting and Promoting Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association, and Privacy in the Information Society, Internet Bill of Rights, Content Regulation and the Duty of States to Protect Fundamental Rights, Upholding Human Rights on the Global Internet — Toward a Unified Industry Solution, Open Standards, The Intersection of Open ICT Standards, Development and Public Policy, Signposts, Benchmarks, and the Public Interest: Solving the Challenge of Keeping an Open Medium Open, Online Collaboration, Cybercrime Convention, A2K@IGF y Public Policy on the Internet.

Vale observar que, cuando se trata de los IPRs en las sesiones “directamente relevantes”, es necesario considerar el problema de los derechos de propiedad intelectual de una manera más amplia y no apenas desde la perspectiva del regateo entre entidades privadas y la colectividad, sopesando los incentivos a la producción y el acceso a la información. Es importante que se consideren los *daños secundarios* que un régimen inflexible de propiedad intelectual puede provocar en los *derechos fundamentales*, como la privacidad, la libertad de expresión, la educación, por un lado; por otro, en las políticas públicas estatales, como — utilizando el ejemplo de Brasil — “garantizar el desarrollo nacional” (CM/88, art. 3º, II), “erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales” (CM/88, art. 3º, III), fomentar la “producción, promoción y difusión de bienes culturales” (CM/88, art. 215, II), promocionar “el

desarrollo científico, la investigación y la capacitación tecnológica” (CM/88, art. 218, capt), entre otras.

La lista de sesiones más arriba se elaboró a partir de una concepción de propiedad intelectual que admite que determinadas configuraciones normativas, que conceden derechos exclusivos a los que crean, pueden provocar daños secundarios, además de enormes desequilibrios entre las esferas pública y privada, dentro del juego de incentivos a la creación y al acceso a bienes culturales.

El tema de la propiedad intelectual también es relevante para varias de las sesiones dedicadas al tema de la libertad de expresión, que es un derecho que puede sufrir graves daños secundarios por causa de un régimen desequilibrado de propiedad intelectual.

Sin embargo, se puede decir con bastante seguridad, que los IPRs fueron temas de importancia en la estructuración de las siguientes sesiones: *The Digital Education and Information Policy Initiative: Towards the Development of Effective Exceptions to and Limitations on Copyright in the Realm of Digital Education, A2K@IGF, Internet Bill of Rights y Open Standards*. La propia naturaleza de las ideas de la política de acceso al conocimiento y a la información exige que se discuta el tema de la propiedad intelectual y el panel sobre educación digital hace referencia explícitamente al tema de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Los *open standards* dependen, inclusive como ya recordamos, que se exima el pago de *royalties* de cualquier especie, en la medida que los IPRS aparezcan como tema a ser discutido. La sesión de la coalición

dinámica de la Declaración de Derechos de Internet, por último, también se relaciona con la temática por incluir una perspectiva sobre cómo reglamentar los derechos de propiedad intelectual de forma tal de asegurar el acceso al conocimiento y demás intereses subyacentes. En la búsqueda de una forma de hacer efectivos los derechos fundamentales y garantizar su aplicación en un escenario internacional, el ejemplo de los errores y aciertos cometidos en la formación de la tutela de los IPRs es siempre una referencia a ser recordada.

Aún es importante resaltar que, en la programación del FGI-Rio, en algunas sesiones la propiedad intelectual es un tema indirectamente relevante. Las siguientes sesiones se encajan en este perfil: *Public Participation in Internet Governance: Emerging Issues, Good Practices and Proposed Solutions*, *Promoting Network Security and Constructing a Harmonious Internet*, *Freedom of Expression as a Security Issue*, *Protecting Children from Sexual Exploitation through ICTs*, *'Quality' and the Internet: Using and Trusting Internet Content*, *The Global Culture for Cybersecurity*, *Child Protection Online*, *Legislative Responses to Current and Future Cyber-threats*, *Security and Privacy Challenges for New Internet Applications: A Multi-stakeholder Approach*, *Privacy*, *'Privacy in Internet Identity Management: Emerging Issues and New Approaches'*, *Towards a Development Agenda for Internet Governance y Framework of Principles for the Internet*.

De forma general, en la composición del FGI-Rio fue posible observar un gran número de sesiones relacionadas con la seguridad en internet. Esto ocurre

por dos motivos: como la tecnología de base para la seguridad se superpone en gran medida con la tecnología utilizada para las TPM y los sistemas de DRM, y como estos sistemas también pueden conceptuarse como respuesta a los problemas de seguridad, por vía refleja se abre espacio para la discusión de cuestiones relacionadas con los IPRs. Otro motivo se refiere a que expresiones como "ciberseguridad" y "ciberamenazas" pueden establecer conexiones con "amenazas", como la piratería — probablemente asociada intencionalmente a estrategias de *marketing* — a otras amenazas, como el terrorismo y la pornografía infantil. Queda claro que artificios argumentativos como las indebidas asociaciones señaladas no necesariamente van a presentarse en el proceso del FGI como un todo, pero se trata de una estrategia que ciertos autores utilizan frecuentemente dentro de la industria del contenido.

4. Algunas reflexiones sobre el rol de la propiedad intelectual en el futuro proceso de gobernabilidad de internet

Pueden señalarse algunas conclusiones acerca del rol que desempeñó hasta el momento el debate sobre propiedad intelectual en la formación del FGI, considerandola estructura de sus dos primeras versiones (Atenas y Rio), ya trazando algunos comentarios sobre la evolución del debate.

Para comenzar, es importante resaltar que la concepción que los responsables por la organización del FGI-Rio

crearon, en el sentido de que el foro a realizarse en la ciudad carioca debería ser "Atenas-plus", está repleta de significados. Este concepto parte de una percepción que no desprestigió la primera versión del foro que ocurrió en Atenas en 2006, sino que llamó la atención hacia la necesidad de superarse, de avanzar en los debates que se iniciaron en Atenas.

Dicha noción de avanzar en los debates sobre los temas de gobernabilidad, representó una oportunidad de transformar el evento de Rio en el marco inicial para reflexionar sobre el proceso del FGI. Aquí se habla de "proceso" porque en Atenas, por tratarse de la primera reunión del foro, la expectativa se centró en cómo el evento y sus irradiaciones irían a acomodarse. En Rio de Janeiro, por otro lado, como ya se trató de la segunda reunión del foro, ya existía un pasado sobre el cuál reflexionar y un futuro a ser construido.

De hecho, el FGI-Rio acabó transformándose, a pesar de su potencial, en un foro dedicado a abordar con algo de profundidad los problemas actuales relacionados a los derechos de propiedad intelectual. A pesar de sus innumerables virtudes, el foro, infelizmente, no propició que ninguno de los temas indicados anteriormente fuese discutido de forma profunda y detallada. Si bien es verdad que todos ellos fueron mencionados, se quedó muy distante de lograr cualquier debate articulado alrededor de los mismos, de su relación con la gobernabilidad de la red en el sentido amplio propuesto por el foro y, consecuentemente, de

la propuesta de políticas públicas o "mejores prácticas" que se esperaba alcanzar.

Como ya se esperaba en función de la propia naturaleza del evento, poco se alcanzó en cuanto a la formación de cualquier compromiso formal sobre los temas discutidos. Corresponde a la propia naturaleza del FGI, de acuerdo a cómo fue creado por la Agenda de Túnez, servir apenas como un facilitador de contactos y debates entre los interesados en la gobernabilidad de internet: una plataforma *multi-stakeholder* para la discusión del futuro de la red. El discurso adoptado por la Agenda de Túnez y por los *synthesis papers* que se produjeron en las reuniones del foro, todavía dan la impresión de que el FGI tiene la pretensión de ser algo más que eso. Lo que, exactamente, resulta difícil de afirmar y tal vez sea esa la misión que el foro de Rio transmitió para la reunión de Hyderabad, India, en 2008.

Lo que sí resulta inconcebible es que el FGI venga a consolidarse como un congreso internacional anual más, con manifestaciones de calidad y contenido inevitablemente heterogéneos, pero de utilidad práctica cuestionable aún con relación a los temas directamente vinculados a la gobernabilidad de internet en sentido estricto.

En ese sentido, la sobriedad del *synthesis paper* referente al FGI-Rio³⁸ posee un tono que podría decirse de auto-alabanza, o que se refiere a las virtudes de proceso "abierto", "plural", "democrático" y "dinámico" del foro, al mismo tiempo que minimiza su ausencia de foco y la repercusión menor de la esperada para un evento de tal

38 - <http://www.intgovforum.org/workshops_o8/wrkshplist.php>.

magnitud. El abuso de las palabras “*multi-stakeholder*” y “*diálogo*” es particularmente curioso si se considera que la mayor parte de las manifestaciones en el FGI-Río en realidad fueron monólogos afirmando o negando la importancia de temas sueltos, hechos por actores que no abarcan la totalidad del espectro de interesados y que, de a uno, no parecían estar necesariamente buscando llegar a cualquier acuerdo. En esa dirección, es necesario repensar el formato de un evento que dedica largas sesiones a manifestaciones que, reducidas a su esencia, no superan la simple difusión de afirmaciones obvias como “debe promoverse la inclusión digital” o “no debe faltarse el respeto a los derechos humanos”.

Así como en un congreso tradicional, una de las virtudes del FGI termina siendo, en última instancia, la de reunir físicamente en el mismo espacio a grupos de individuos interesados en adquirir, expandir y consolidar contactos. Las coaliciones dinámicas formadas en Atenas y reunidas nuevamente en Río pueden transformarse eventualmente en vectores de acción significativa. Pero fuera del FGI propiamente dicho, sus reuniones, al parecer, continuarán con el mismo formato.

Uno de los factores que pone en riesgo el futuro impacto del FGI en los próximos años es la amplitud de los temas debatidos en las principales mesas del foro, y ese comentario vale tanto para el evento de Atenas como para el evento de Río. La composición de los temas, que tienen una gran carga de abstracción y contienen una serie de otros temas concretos puede ser una ventaja,

pues facilita la formación de paneles en los cuáles cada expositor puede ofrecer en general una mirada diferente sobre el mismo asunto.

Tomando, por ejemplo, los casos de los paneles sobre *apertura y diversidad*, la inmensidad de temas que pueden ser incluidos debajo de esos títulos puede tener un resultado negativo cuando se trata de la realización de efectos prácticos en la formación de propuestas. Como los paneles poseen una orientación muy abarcadora en cuanto al número de posibles temas a ser abordados, siempre se corre el riesgo de no tener una sucesión de debates y sí una sucesión de discursos cortos que no tienen conexiones visibles para la audiencia menos especializada. Volveremos a comentar esas sesiones más adelante.

Por otro lado, la posibilidad de transformar los paneles principales en lugares para la presentación de discursos cortos y con poca reflexión mutua se ve agravada por la diversidad de los perfiles de los expositores que acaban conformando cada panel. En ese punto, es preciso analizar los conceptos de pluralidad o *multi-stakeholder* que domina las discusiones del FGI.

Si, por un lado, parece acertado que la pluralidad de perfiles en la composición de los paneles de discusión es una, si no la única, forma de asegurar la legitimidad del proceso del FGI, es justamente en las nociones de pluralidad y de proceso que radica el punto que debería ser objeto de mayor atención de parte de aquellos que participan de la organización de un foro de alta calidad como es el FGI.

Al contar con perfiles plurales y diversos, el FGI expresa las más diferentes opiniones sobre los más diferentes asuntos relacionados a la gobernabilidad de internet. Siendo así, un esfuerzo por organizar las ideas expuestas y hacer que las mismas sean presentadas de forma tal que se evidencien sus conexiones y divergencias, es uno de los desafíos que se imponen a la organización del foro.

La pluralidad debe ser una virtud del foro y no hay motivo para que este pierda eficacia y fuerza en la presentación de sus propuestas. Precisamente por eso es necesario unir los conceptos de pluralidad y de proceso: una de las formas de transformar la pluralidad en motor de formación de resultados es estructurar un proceso del FGI que no sea remontado año tras año por la comisión organizadora como si las discusiones necesitaran de un nuevo comienzo.

Es necesario que el FGI tenga un proceso que supere la realización de los eventos en sí y que, durante el intervalo de un año que separa los foros presenciales, origine métodos para dar impulso a los debates ocurridos el año anterior, apuntando hacia resultados cada vez más concretos en el evento siguiente.

Como se ha dicho, ese rol es desempeñado, en la actual dinámica del FGI, por las coaliciones dinámicas, que se reúnen entre los foros anuales y, en la mayor parte de los casos, han comenzado a presentar algunos resultados significativos, transformando la pluralidad de actores en algo no sólo valioso para la legitimación del proceso, sino además esencial para el logro de efectos concretos.

A partir del FGI-Rio, será de vital importancia poner en marcha un proceso que mantenga el foro operativo durante todo el año y pueda crear, a lo largo de los cinco años previstos para su realización, propuestas efectivas sobre gobernabilidad de la red. El FGI no es, ni puede ser, sólo un gran seminario internacional más, en el cual participantes de los más diversos sectores se reúnen para oír y discutir, durante pocos días, asuntos de actualidad sobre tecnología y sus formas de regulación.

Específicamente hablando de propiedad intelectual, en los pocos momentos en que el tema fue colocado en discusión, el mismo no recibió un tratamiento que se correspondiera con su importancia para la idea de gobernabilidad de la red en sentido amplio. Las sesiones que suponían una preocupación explícita con propiedad intelectual quedaron aisladas en un evento que por su concepción y estructura poco podría aportar a las iniciativas que pudieran resultar en acciones con un nivel mínimo de concreción. La propiedad intelectual quedó marginada en el FGI-Rio, cuando merecía haber ocupado un lugar más destacado.

Apenas comenzó el evento, se anunció una ordenanza interministerial del Ministerio de Cultura/Ministerio de Ciencia y Tecnología/Ministerio Extraordinario de Asuntos Estratégicos³⁹, inaugurando un plan de construcción de una "infovía nacional" (incluyendo *backbone* y *last mile*), que explícitamente incluyó a la propiedad intelectual en su temario. Presentado por el Ministro de Cultura Gilberto Gil y por el Ministro Extraordinario

39 - <<http://www.cultura.gov.br/site/?p=7641>>.

de Asuntos Estratégicos Roberto Mangabeira Unger, el plan tiene como objetivo diseñar una estructura institucional de gobernabilidad de internet, por medio de la inclusión y capacitación digital. En ese contexto, se prevé una serie de iniciativas dirigidas al fomento de la producción de contenido nacional, con anhelos de proponer innovaciones para el régimen de propiedad, con la “sustitución del arbitrio del dueño individual por la colaboración colectiva de innovadores”.

El proyecto interministerial brasilero asocia la gobernabilidad de la red a los propios contornos del régimen de propiedad intelectual. Al igual que una apuesta insegura — y aquí no sirve discutir el contenido de la ordenanza o el discurso de los ministros — el tema aparece con la fuerza y presencia con que debería haber surgido en el resto de la reunión. Paralelamente al anuncio, la sesión de apertura del FGI continuaba en el salón principal con una larga sucesión de intervenciones aisladas y presentaciones de impacto extremadamente reducido, que se repitieron en las principales sesiones de los días siguientes. En ninguna de ellas, propiedad intelectual fue un tema abordado con el énfasis necesario, excepto en la apertura de la sesión sobre Apertura. La sesión sobre Diversidad, que podría haber canalizado debates relacionando nuevos abordajes regulatorios para los regímenes de derecho autoral a la posibilidad de divulgación y producción de contenido menos homogéneo y más plural, acabó reduciéndose a presentaciones en defensa de la necesidad de diversidad lingüística en internet y nombres de dominio internacionales. Aún cuando ese

debate ya era de esperarse dado el contexto de la mesa, se esperaba una mayor presencia de temas relacionados a propiedad intelectual.

A pesar de todas esas observaciones es necesario, sin embargo, reconocer los aciertos y proyectar un futuro en el cual la propiedad intelectual desempeñe un papel más destacado en el proceso del FGI y en el cuál el propio foro llegue a destacarse como es debido. Hay conquistas discursivas relevantes en el FGI-Rio, que sistematizan y “empaquetan”, por así decir, temas y problemas importantes para la gobernabilidad de las redes. Si el momento actual todavía revela una cierta confusión en torno de fenómenos técnicos, jurídicos y sociales que se desenvuelven con velocidad desorientadora, el temario de problemas y la multiplicidad de implicancias que transparenta la propia concepción de internet como un “recurso global” puede ser vista como una conquista que merece ser refinada y llevada adelante en la esfera pública internacional.

La composición de los temas centrales del FGI, por sí sola, tal vez sea motivo para celebración. Introducir temas difíciles y multifacéticos en los foros tradicionales de consenso, en lo que concierne a los derechos de propiedad intelectual (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual — OMPI y Organización Mundial de Comercio — OMC) es una tarea ingrata si el repertorio conceptual y semántico habitualmente empleado no ofrece espacio suficiente para un análisis crítico y profundo sobre los intereses en juego y las consecuencias que determinadas opciones políticas pueden provocar.

Lidiar con categorías cargadas de significado histórico, moral y filosófico como “público”, “privado”, “autor”, “inventor”, “creador”, “sociedad” e “individuo” es inevitable pero insuficiente cuando se tiene en consideración la complejidad de las transformaciones en marcha.

Cualquier esbozo de una nueva trama de conceptos y problemas — por más vagos, imprecisos y convenientemente flexibles que sean — acaba contribuyendo a la disolución de estructuras argumentativas que han impedido la construcción de un régimen regulatorio menos anacrónico, desequilibrado e injusto, en los foros internacionales relevantes. Es posible mencionar al menos dos tentativas significativas de aprovechar el espacio y la configuración temática del FGI a favor de algo con potencial similar. Si bien esos intentos no repercutieron con fuerza en el contexto del FGI-Rio, en caso de que sean retomados e introducidos de forma coordinada y estratégicamente planificada tanto en el proceso futuro del FGI como en foros que efectivamente produzcan documentos jurídicos vinculantes, pueden al menos abrir brechas significativas y justificar más una agenda maximalista de propiedad intelectual.

Ronaldo Lemos, presentando la mesa sobre Apertura, aprovechó la oportunidad del tema para explicitar cómo la apertura es un elemento común a todos los otros temas del FGI, resaltando tres diferentes dimensiones en que ella puede ser examinada. Existe, en primer lugar, una dimensión legal, que conduce a cuestiones como la adecuación y el equilibrio de los sistemas de limitaciones y excepciones a los derechos de autor, así como a las reglas de responsabilidad civil para proveedores de acceso y servicio. Existe,

todavía, una dimensión política, en lo que se refiere a la creación de políticas públicas para incentivar la apertura, como la defensa de la Agenda del Desarrollo en el ámbito de la OMPI. Y existe una dimensión económica para la apertura, como los modelos de negocios abiertos por el aumento del valor de las empresas y la promoción de la innovación y los beneficios de competir con la reducción de las barreras de entrada al mercado.

Un análisis como el de Lemos se encuentra en un nivel de abstracción razonablemente alto, principalmente si se tiene en cuenta que el objetivo final es la proposición y discusión de políticas públicas. Una *interfaz* que permite el salto de sistematizaciones como esa a un plan de acción concreto, entre otras que se puedan señalar, es el segundo ejemplo que se puede mencionar en el FGI-Rio en lo que se refiere al aprovechamiento de la configuración temática de la reunión para transformar los rumbos usuales de la política de propiedad intelectual. La coalición dinámica de la Internet Bill of Rights, aún en estado incipiente, puede llegar a adquirir impacto considerable en caso de que sus objetivos se definan de forma más incisiva.

El modelo/instrumento tradicional de declaración de derechos (en el sentido de afirmación, aserción de derechos), bastante utilizado en derecho constitucional y derecho internacional, es una herramienta elocuente e, independientemente de adquirir o no fuerza vinculante, si sirve de vehículo para reconceptualizaciones del régimen de propiedad intelectual vehiculadas en formato normativo declarativo tal vez penetre órdenes jurídicas nacionales y sea asimilado en alguna medida.

La manifestación de Robin Gross en la sesión de la coalición es un buen indicador de cómo los derechos de propiedad intelectual pueden ser elaborados en el ámbito de una declaración de derechos para internet, asociados a derechos a primera vista muy diferentes, como anonimato y privacidad, así como a derechos con los que mantienen relación más íntima, como los de libertad de expresión y comunicación.

Por último, vale resaltar que si el papel desempeñado por la propiedad intelectual en el FGI-Rio dejó que desear en términos de la profundidad de los debates, los momentos en que esto fue llevado a discusión lograron evidenciar su importancia. Y es justamente por eso que, con gran expectativa, se aguarda que las discusiones sobre propiedad intelectual realizadas en FGI-Rio sean multiplicadas en las próximas reuniones.

El proceso del FGI debe desarrollarse en forma creciente, buscando alcanzar propuestas efectivas para la regulación de los temas incluidos en el temario de sus encuentros. Para que esa finalidad sea alcanzada, creemos que la regulación de los derechos de propiedad intelectual puede servir como un micro-cosmos de la gestión de una serie de temas relacionados al proceso de gobernabilidad de la red. El modo en que el FGI trate la propiedad intelectual será un elemento clave para mostrar la historia de potencialidades perdidas o las razones de un éxito a escala internacional. Esperamos que al final del proceso de cinco años el segundo resultado se concrete y que el FGI pueda ocupar un espacio en el cual las propuestas, los debates y los cambios sean los vectores que conduzcan los rumbos de una gobernabilidad global de internet.
