

La revisión de la ley de propiedad intelectual brasileña

Instrumentos de acceso al conocimiento, la cultura y la educación

Marcos Wachowicz

Marcos Wachowicz es profesor titular en el Curso de Postgrado Maestría/Doctorado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Doctor en Derecho por la Universidad Federal del Paraná (UFPR), Máster en Derecho por la Universidad Clásica de Lisboa - Portugal. Especialista en Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho y Tecnología de la Información. Autor de diversos artículos y libros como «Propiedad Intelectual del Software» y «La Revolución de la Tecnología de la Información». E-mail: marcosw@ccj.ufsc.br

El objeto del presente artículo es analizar la propuesta de Revisión de la Ley de Propiedad Intelectual actual ante la Revolución de la Tecnología de la Información, para lo cual hacemos una digresión sobre los orígenes de derecho de propiedad intelectual clásico, inclusive en sus garantías constitucionales establecidas por la Constitución de 1988. A continuación, presentamos los indicadores determinantes que permiten delinear la necesidad de una revisión legislativa para la creación de instrumentos jurídicos que promuevan el acceso al conocimiento y a los bienes culturales.

Los debates sobre la revisión de la Ley de Propiedad Intelectual en Brasil comenzaron a ganar terreno dentro del Gobierno Federal cuando en 2005 se celebró la I Conferencia Nacional de Cultura, con la finalidad de «promover debates públicos sobre derechos de autor y de crear un órgano estatal capaz de regular los derechos de autor, actuar en la resolución de conflictos en la gestión colectiva y garantizar el acceso universal a los bienes y servicios culturales». Los debates y reflexiones se prolongaron hasta 2011 mediante numerosos congresos promovidos por diversas entidades gubernamentales y no gubernamentales.¹

Desde entonces se ha iniciado un proceso de consulta con la sociedad civil sobre la necesidad de revisión de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 9.610/98) ante las nuevas tecnologías de la información, así como sobre la reformulación de la función del Estado en la definición de políticas públicas con vistas a la promoción de actividades culturales, teniendo los derechos de autor un papel instrumental.

LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL BRASILEÑA DE 1998

La Ley de Propiedad Intelectual fue promulgada en la década de los noventa como resultado de un movimiento internacional de reforma del sistema de propiedad intelectual, guiado por el acuerdo TRIPS de la OMC. Así surgió en el sistema jurídico brasileño la visión maximalista de protección, según la cual, cuanto más elevados fueran los patrones jurídicos de protección, mayores serían los beneficios para los autores y mayor seguridad se daría a los inversores.

Sin embargo, lo que se ha advertido con el paso de los años ha sido el surgimiento de un desequilibrio entre los derechos conferidos por la Ley de Propiedad Intelectual a los titulares de derechos de autor y el derecho de los miembros de la propia sociedad a tener acceso al conocimiento y la cultura.

Por lo tanto, se observa claramente que la visión maximalista de protección ha mitigado y restringido en gran medida las cuestiones relativas al acceso necesario a los bienes intelectuales para la promoción del conocimiento, de la educación y de la difusión de la propia cultura.

1. Entre las reuniones mantenidas por el Gobierno Federal destacamos la realización de siete seminarios nacionales y de más de 80 reuniones sectoriales, a saber: Seminario «Los derechos de autor en el siglo XXI»- Río de Janeiro, dic./07, Seminario «La Defensa del Derecho de Autor: gestión colectiva y papel del Estado»-Río de Janeiro, jul./08, Seminario «Derechos de Autor y Acceso a la Cultura»-São Paulo, ago./08, Seminario «Autores, artistas y sus derechos»-Río de Janeiro, oct./08, Seminario Internacional sobre Derechos de Autor-Fortaleza, nov./08, Congresos de Derechos de Autor e interés público promovidos por GEDAI / UFSC-Florianópolis, May/08, São Paulo, nov./09, septiembre/10, Fórum Libre de Derechos de Autor: el dominio de lo común (en colaboración con la UFRJ)-Río de Janeiro, dic./08.

Por otro lado, la Ley de Propiedad Intelectual de 1998 no conocía el impacto que las nuevas tecnologías de la información tendría en la sociedad, en las formas de comunicarse y expresarse la gente y, en consecuencia, las nuevas formas de creación posibilitadas por este nuevo entorno tecnológico.

Es evidente que la tecnología de la información que hizo posible la conversión del sistema analógico al medio digital trajo consigo un abaratamiento de los costes de producción y de reproducción en modelos de negocio tradicionales.

Es por ello que, paulatinamente, hubo espacio en el país para el surgimiento de desequilibrios en las relaciones existentes entre los autores / creadores y los inversores, en la medida en que se daba la cesión total de los derechos de aquellos sin ningún tipo de revisión del equilibrio contractual.

En 1991 el Consejo Nacional de Derechos de Autor –CNDA²– fue suprimido por el Gobierno Collor de Mello. Sin duda, la sociedad brasileña se resiente de la ausencia de actuación del Estado en la protección y promoción de los derechos de autor. Desde entonces se observa una mitigación de la función del Estado y una ausencia de políticas públicas que aborden y busquen soluciones a los problemas específicos de la sociedad brasileña en el campo de los derechos de autor y la cultura.

LA PERCEPCIÓN DE LA DIMENSIÓN PÚBLICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor deben ser un instrumento que posibilite la promoción de políticas públicas con vistas a reforzar la creación y la aparición de nuevos bienes culturales. En este sentido, los derechos de autor deben ser vistos en sus dos dimensiones: pública y privada. Durante mucho tiempo los derechos de autor fueron considerados solo en su dimensión privada, es decir, ésta era entendida como única y como un derecho exclusivo del creador.

Sin embargo, los derechos de autor deben ser considerados en su dimensión más amplia, ya que éstos son a la vez públicos y privados. Esto desde su nacimiento, desde su creación como obra intelectual.

El autor, cuando crea algo, lo crea para un diálogo, para una comunicación entre el artista y su público. O sea, Miguel de Cervantes no escribió el *Quijote* solo para su lectura, escribió para ser leído, escribió para establecer una comunicación, un diálogo con su público. Cuando Machado de Assis escribió sus crónicas en los periódicos de Río de Janeiro, no solo tradujo su visión de la sociedad brasileña del siglo XIX, sino que captó la cultura, los valores y las identidades. De manera que no podemos imaginar que todos esos contenidos sean absolutamente privados.

Los derechos de autor deben mantenerse, pero no los derechos de autor que enclaustran la obra intelectual, que impiden o dificultan la difusión de la propiedad intelectual, que no adviertan su dimensión pública.

Es necesario tener claro que es justamente la difusión y el acceso a la propiedad intelectual por el público lo que hará que dicha propiedad sea entendida e identificada paulatinamente como una propiedad cultural portadora de valores culturales. La difusión de la propiedad intelectual en la sociedad, su asimilación y reconocimiento por los individuos de esa sociedad conseguirá gradualmente que esa propiedad sea reconocida y pase a integrar el patrimonio cultural de un pueblo.

2. El Consejo Nacional de Derechos de Autor por atribución de la Ley 5.988/73 era el órgano de fiscalización, consulta y asistencia, en lo referente a derechos de autor y derechos afines a éstos.

LEGISLACIÓN BRASILEÑA

En la actualidad, la legislación brasileña debería abordar las cuestiones emergentes relativas a las nuevas tecnologías de la información, más concretamente acerca de la inclusión tecnológica y el derecho a la cultura. Por ejemplo: la reproducción y digitalización de fondos bibliográficos de las bibliotecas y su disponibilidad y el acceso de la sociedad a través de Internet.

Por la actual legislación brasileña (Ley 9610/98) está prohibida la reproducción o digitalización de los fondos bibliográficos existentes en numerosas bibliotecas públicas y privadas. En Brasil, ese acto es considerado una falsificación, cuando tal práctica está legalmente permitida y se realiza ampliamente en otros países. Esto se debe a que nuestra Ley de Propiedad Intelectual es una de las más rígidas y restrictivas del mundo.

La Ley de Propiedad Intelectual brasileña data de 1998 y surgió en el seno de un movimiento maximalista de protección de la propiedad intelectual. En la línea de pensamiento jurídico pautada por el Acuerdo TRIPS de la OMC de 1994, se propugnaba que para la protección de la propiedad intelectual se pondría el máximo empeño y la máxima creatividad. Lo que sucede es que pasados más de 16 años no se han alcanzado las expectativas iniciales.

Además, en la década de los 90 no se vivían las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ni cómo serían utilizadas estas tecnologías por la gente, sobre todo el uso de Internet.

La aparición de Internet ha cambiado la forma de creación y han surgido nuevos modelos de difusión de la propiedad intelectual.

EL SIGLO XXI SERÁ ATEMPORAL

La sociedad de la información del siglo XXI con el uso de las nuevas tecnologías podrá estar formada por seres humanos atemporales, en la medida en que todos tendrán, a partir de los recursos tecnológicos, la posibilidad de acceder a las obras intelectuales tanto de los siglos XVIII, XIX y XX, como a las obras realizadas, producidas y disponibles en el momento presente. Esta atemporalidad de acceso a la propiedad intelectual permite que haya una evolución cultural sin par del ser humano en la historia de la humanidad.

Los derechos de autor en la sociedad de la información deben ser un instrumento de desarrollo que propicie la ampliación de políticas públicas de difusión de la cultura, promoviendo la educación y el conocimiento.

INCLUSIÓN TECNOLÓGICA ES INCLUSIÓN CULTURAL

En la sociedad de la información el tratamiento jurídico dado a los bienes culturales pasa por cuestiones que van más allá del acceso y disponibilidad de dichos bienes en los medios digitales, llegando a cuestiones de políticas públicas de inclusión tecnológica.

Es necesario hacer frente a estas cuestiones de forma crítica porque se refieren a toda la sociedad brasileña.

Esos nuevos desafíos no pueden ser vistos con los paradigmas del siglo XIX, la inclusión tecnológica y cultural deben ser afrontadas por un pensamiento jurídico que proyecte al ser humano hacia el futuro con el fin de integrarlo en la sociedad de la información.

Ese futuro no está preso en las realidades tecnológicas de la Revolución Industrial en la que fueron concebidos los tratados internacionales de propiedad intelectual (Con-

venio de París en 1883 y Convenio de Berna en 1886), sino en las nuevas formas de creación, acceso y comunicación derivadas de la tecnología de la información.

NECESIDAD DE FORMULAR CONCEPTOS NUEVOS

El proceso de revisión de la ley requiere de mecanismos que promuevan la información y posibiliten el entendimiento para formular conceptos nuevos que aborden la complejidad del uso de las nuevas tecnologías, que permitan el desarrollo de las potencialidades del ser humano en la sociedad de la información.

Sin duda, el primer paso no puede ser el ejercicio de etiquetar o crear estereotipos; por el contrario, la propuesta debe ser examinada y discutida con la atención y profundidad necesarias.

En un principio debe quedar claro que la oportunidad de revisar la legislación sobre la propiedad intelectual no puede ser desterrada con la excusa del miedo y de los peligros de anhelar la modernización del sistema legal.

De igual modo, la oportunidad de revisar la ley de derechos de autor brasileña a través de un análisis exhaustivo no debe basarse en pensamientos reduccionistas, que buscan antes que nada etiquetar ideológicamente la propuesta para descalificarla, o lo que es peor aún, que la iniciativa de revisión ya ampliamente discutida y esperada por la sociedad brasileña en los últimos años sea tratada como cualquier otro asunto político partidista.

NUEVOS ESFUERZOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

El movimiento para la revisión de la legislación brasileña no es un hecho aislado en la escena internacional. Brasil y Alemania inauguraron oficialmente el 14 de junio de 2010 el debate sobre la revisión de sus respectivas leyes de Propiedad Intelectual.

En opinión de la ministra de Justicia alemana Sabine Leutheusser-Schnarrenberger el principal problema es la necesidad de adaptar la ley a la realidad de Internet; en ese sentido se está elaborando en aquel país el tercer paquete legislativo en esta materia, partiendo de la transposición de las Directrices sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual y Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

Los debates en Alemania son muy similares a los que se están desarrollando en Brasil. La cuestión crucial en Alemania es la forma de proteger la propiedad intelectual como un requisito previo para la diversidad cultural, la creatividad y el cumplimiento académico.

Quedó patente que no se puede en la Sociedad de la Información transferir linealmente los instrumentos jurídicos concebidos para el mundo analógico al mundo digital.

NUEVAS FORMAS DE USO CREATIVO

Es un hecho que, con la digitalización, todos los contenidos protegidos por derechos de autor se multiplicarán masivamente en Internet. Sin embargo, no se puede negar que la digitalización de los contenidos intelectuales (estén o no protegidos por derechos de autor) y su difusión a través de Internet crean un enorme potencial social de acceso al conocimiento, a la educación, al intercambio cultural.

La oportunidad de revisar la legislación de derechos de autor no puede ser paralizada solo por temor al riesgo de digitalización. Lo que estamos viendo en Internet es la

aparición de nuevas formas de uso creativo de las obras intelectuales dentro de las redes sociales y comunidades virtuales.

Debe quedar claro que Internet aproxima el autor a su público sin necesidad de intermediarios. La tecnología de la información posibilita un diálogo constante entre los autores / creadores y sus lectores. Cada vez es más común establecer un contacto directo con el autor para pedirle que permita el uso parcial de un texto o la copia de una foto.

Los derechos de autor no pueden ser considerados un estado de excepción para justificar posiciones extremas, como las contenidas en las numerosas campañas anti-piratería en las que se pretende atemorizar a la gente corriente, haciéndoles creer que estarían convirtiéndose en falsificadores, piratas y criminales por el simple hecho de utilizar los recursos tecnológicos disponibles en sus ordenadores, teléfonos móviles, iPods, cámaras de vídeo.

Todo ello con la esperanza de disuadir a los usuarios de Internet con la visión apocalíptica de que, si no actúan de esta manera, estaremos todos acabando con los derechos de autor y con el desarrollo.

A decir verdad, el acto de etiquetar o estereotipar, antes de analizar e informar, siempre evoca una visión distorsionada de la realidad y un futuro apocalíptico que se vuelven instrumentos poderosos para mantener modelos de negocios obsoletos, a fin de colocar a toda una sociedad bajo presión, y así, convertirla en rehén con la excusa de la ignorancia y de la desinformación, como si toda ella fuera potencialmente criminal por actos de piratería. Todo para impedir que la gente experimente nuevas formas de crear, utilizar y transformar creativamente música e imágenes.

La propuesta de revisión de la Ley de Propiedad Intelectual pretende promover el equilibrio entre los intereses públicos y privados, armonizando las limitaciones de la legislación brasileña con la realidad social, económica y cultural del país, sin dejar de cumplir con los compromisos internacionales de Brasil. Y aclarar el artículo 46 para facilitar su comprensión por la sociedad.

LA LEGISLACIÓN SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEBE SER REVISADA

La Ley de Propiedad Intelectual (Ley 9.610/98) aunque reciente necesita ya una reforma, en vista del reflejo que los impactos de las nuevas tecnologías han tenido en la creación, difusión, comunicación y acceso a la propiedad intelectual en la última década.

Debe quedar claro que no se está propugnando una flexibilización de los derechos de autor, sino la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los intereses privados y los de orden público que están envueltos en la tutela jurídica de la propiedad intelectual.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN – TIC'S Y LA REFORMA DE LA LEY BRASILEÑA

La estructura central de la Ley 9.610/98 continúa siendo válida, sin embargo resulta inadecuada o insuficiente para regular los derechos de autor en el marco de las nuevas tecnologías de la información existentes en la Sociedad Informacional.³

Básicamente esas nuevas tecnologías de la información y comunicación – TIC's posibilitan en Internet:

- *acceso* a la información y la cultura, mediante la descarga (*download*) de películas y música, en pocos segundos, en tiempo real, todo con un coste muy bajo;

3. «Me gustaría hacer una distinción analítica entre las nociones de Sociedad de Información y Sociedad Informacional con consecuencias similares para economía de la información y economía informacional. (...) Mi terminología intenta establecer un paralelo con la distinción entre industria e industrial. Una sociedad industrial (concepto común en la tradición sociológica) no es solo una sociedad en la que hay industrias, sino una sociedad en la que las formas sociales y tecnológicas de organización industrial impregnan todas las esferas de actividad, comenzando con las actividades predominantes localizadas en el sistema económico y en la tecnología militar y alcanzando los objetos y hábitos de la vida cotidiana. Mi empleo de los términos sociedad informacional y economía informacional intenta una caracterización más precisa de las transformaciones actuales, además de la sensata observación de que la información y los conocimientos son importantes para nuestras sociedades. Sin embargo, el contenido real de sociedad informacional tiene que ser determinado por la observación y análisis.» CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, vol. I São Paulo, Paz e Terra, 1999, pág. 46.

4. El *Sampler* es un equipamiento que consigue almacenar sonidos (*samples*) de archivos *wav* (los mismos de un CD) en una memoria digital, y reproducirlos posteriormente uno a uno o de forma conjunta si fueran grupos, montando una reproducción solo o incluso una equivalente a una banda completa. Este es uno de los grandes responsables de la revolución de la música electrónica, pues a través de él y usando ciclos (*loops* en inglés), se puede manipular los sonidos para crear nuevas y complejas melodías o efectos. Como instrumento musical es usado en varios géneros musicales, como el pop, hip-hop, dance music, rock, metal, música experimental y hasta en la MPB, muy usada hoy en día hasta en las más famosas bandas, dúos y conjuntos brasileños.

5. La expresión *Peer-to-Peer* viene del inglés (par-a-par), entre pares, es una arquitectura de sistemas distribuidos caracterizada por la descentralización de las funciones en la red, donde cada nudo realiza tanto funciones de servidor como de cliente.

6. La gestión de derechos digitales o GDD (en inglés Digital Rights Management o DRM) consiste en restringir la difusión por copia de contenidos digitales al tiempo que se aseguran y administran los derechos de autor y sus marcas registradas, desde la perspectiva del propietario de los derechos de autor.

· *transformación creativa* de la propiedad intelectual en el ambiente digital con el uso de nuevas tecnologías que permiten nuevas creaciones como el *sampler*⁴ virtual utilizado por los DJs;

· *la disponibilidad de acceso* y difusión de los bienes culturales con velocidad por medio de *upload* o distribución de archivos por Internet; y,

· *lenguaje* - una nueva forma de lenguaje en las redes sociales.

Así la tecnología de la información viene trayendo cambios significativos para la comunicación y reproducción de bienes intelectuales. Internet puso a disposición nuevas herramientas de difusión de bienes culturales protegidos o no por el derecho de autor. Es el caso del surgimiento de las redes de usuarios de reparto o *peer-to-peer* (P2P)⁵ y del *Youtube*, que ha posibilitado la distribución vía *software* de todo un contenido, con alta calidad y de manera simple y eficiente.

En Brasil, si una persona desea tener acceso a música legalmente vía *download*, deberá obligatoriamente usar el sistema operativo propiedad de *Microsoft*. Eso porque las cuatro webs de tiendas virtuales de música utilizan la tecnología DRM⁶ de Microsoft, que no es interoperable con los iPod de Apple, o con el sistema X de Apple, o incluso con cualquier distribución GNU/Linux de software libre.

Cada vez más se restringe el derecho de acceso a la información, a la cultura y a la educación con medidas tecnológicas de protección DRM utilizadas para impedir copias digitales o incluso para limitar cuántas veces y en que tipo de equipos digitales se puede acceder a música o películas.

Resultante de este nuevo ambiente tecnológico es necesario que se alcance con la revisión de la ley un punto de equilibrio entre los intereses públicos y privados. Los primeros relativos al acceso al conocimiento y la cultura, y los segundos, relativos a los aspectos económicos de explotación y comercialización. Sin embargo, este nuevo equilibrio solamente será posible con una revisión de los paradigmas de los derechos de autor frente al derecho cultural.

LA PERCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL CAMPO CULTURAL

La percepción de la inserción de los derechos de autor en el campo de la cultura es constatada por la propia actuación de la UNESCO como organismo del sistema de Naciones Unidas encargado de la cultura y responsable, aislado y conjuntamente con otros organismos del sistema de Naciones Unidas, entre ellos la propia OMPI, de varios tratados internacionales relativos a los derechos de autor, de entre los cuales destacan: (i) el Convenio Universal sobre derechos de autor de 1952, revisada en 1971; (ii) el Convenio de Roma de 1961; (iii) el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 1971; y, (iv) el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite, de 1974.

Por lo tanto, queda patente que los derechos de autor están insertados en la dimensión cultural, cuyo más reciente instrumento normativo es el Convenio de la Diversidad de 2005, a partir de la cual todos los demás convenios internacionales y también las legislaciones se conectan e interactúan.

A partir de la comprensión de que la propiedad intelectual tutelada por los derechos de autor se encuentra en la base de todas las cadenas económicas de la cultura y, por lo

tanto, está en el campo de la diversidad creadora, el Convenio de la Diversidad debe ser vista necesariamente como un instrumento complementario a los tratados que versan sobre derechos de autor.

En efecto, si es cierto que los derechos patrimoniales del autor tienen la propiedad intelectual como objeto, como activo económico, también es cierto que tales obras forman la base de la economía cultural, constituyéndose –no raras veces– en motores de su desarrollo.

Se observa así en este Convenio una doble naturaleza en el tratamiento de las obras intelectuales, es decir: propiedades intelectuales en cuanto activos económicos; y, propiedades intelectuales en cuanto obras de arte portadoras de identidades, valores y significados culturales.

DERECHOS DE AUTOR Y ACCESO A LA CULTURA

La sociedad se ha vuelto compleja, sistemática, informacional. La emancipación humana derivada de la libertad de acceso a bienes culturales que la humanidad ha conquistado en las últimas décadas por medio de Internet, no puede ser restringida o suprimida en favor del mantenimiento de modelos de negocios obsoletos frente a las nuevas tecnológicas de la información.

Hablar de sociedad de la información y diversidad cultural implica necesariamente discutir, en primer lugar, la cuestión de la exclusión cultural, en especial en lo tocante a la disponibilidad y acceso a la propia diversidad cultural; y en segundo lugar, la percepción de que la exclusión cultural, con una tutela jurídica desacertada o inadecuada para los bienes culturales, puede fomentar la homogeneización de patrones culturales.

Así, pensar una nueva tutela jurídica para la propiedad intelectual implica, necesariamente, repensar elementos como: el derecho fundamental a la cultura y la importancia de la protección de la diversidad cultural para el desarrollo de la sociedad; los valores éticos inherentes a la diversidad cultural para el desarrollo de la sociedad; la tutela jurídica tradicional aplicada por el derecho internacional a la propiedad intelectual disociada de la percepción de bienes culturales; y la urgencia de una nueva reflexión sobre la tutela jurídica dada por la Ley de Propiedad Intelectual Brasileña ante los bienes culturales de esta nueva sociedad informacional. ■

□ Traducción de Maria Rosa Álvarez Sellers (Universitat de València)