

La “propietización” de la información y el derecho a recibir conocimiento⁽¹⁾

por **FERNANDO J. BARRIO**⁽²⁾

I | Introducción

La educación puede ser definida como un proceso multimodal, multicapa y multidireccional mediante el cual se transmiten y construyen conocimientos, costumbres, valores y normas de conducta, a la vez que se construyen relaciones entre los conocimientos de generaciones anteriores y los creados durante el proceso educativo.⁽³⁾ La educación así entendida está intrínsecamente ligada al conocimiento, a su creación y a su transmisión. Es, por lo tanto, de importancia fundamental establecer una relación adecuada entre el derecho a la educación y la regulación a la producción y distribución de conocimiento. En esta concepción, en derecho a la educación no es visto como garantizar la escolarización de los niños sino como un derecho fundamental que acompaña al individuo a lo largo de toda su vida.

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Doctor en Cooperación Internacional por la Universidad de Nagoya, Japón. Profesor y director de la carrera de abogacía, Universidad Nacional de Río Negro.

(3) Esta definición está en línea con lo establecido por TEDH, *Campbell y Cosans c. Reino Unido* (n° 7511/76; 7743/76), 25/02/1982, §33.

Mediante un proceso cuyo inicio se puede encontrar en las postrimerías del siglo XIX, pero con una aceleración creciente desde la década de los 60, la función social del conocimiento y de la información ha ido dejando lugar a su “propietización” mediante cada vez más rigurosas regulaciones de propiedad intelectual. En este sentido, es necesario analizar desde el punto de vista de las normas internacionales, regionales y domésticas, y la realidad fáctica, la pertinencia de la retórica que da al derecho de la educación la preeminencia que el desarrollo de una sociedad igualitaria e inclusiva requiere. Tal propietización es aquí definida como la mercantilización y apropiación por parte de personas físicas y o jurídicas de las creaciones del intelecto humano y el conocimiento común de la sociedad a través del desarrollo y expansión de estructuras normativas que lo permiten y alientan. Este proceso puede ser observado tanto en la evolución de los tratados internacionales que regulan la propiedad intelectual como en su inclusión en los acuerdos globales de comercio y tratados regionales de libre comercio, logrando una nueva y aumentada perentoriedad.

La cuestión se plantea como doblemente problemática en un contexto en el que el conocimiento es a la vez el componente fundamental y resultado de la sociedad de la información, y la pertenencia de pleno derecho, el uso y el goce de esta información por la totalidad de la población requiere aún más de una garantía plena del derecho a la educación en las formas y de los modos que el desarrollo tecnológico-social lo requiere.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones, TICs, tienen el potencial de proveer las herramientas necesarias para el goce efectivo del derecho a la educación por parte de la mayoría de la los miembros de la sociedad, pero, a su vez, permiten una mayor restricción al acceso al conocimiento propietizado.

Algunas de la características de las tecnologías digitales permiten el acceso de vastos sectores de la población a información y conocimiento que antes estaba reservado a unos pocos. De la misma manera, permiten la distribución de material educativo en gran escala, violando muchas veces las protecciones dadas por la ley a los titulares de los derechos de autor sobre ese mismo material. Como contrapartida, las medidas de protección tecnológicas que algunos productores de contenidos imponen sobre los materiales bajo su dominio, muchas veces exceden las restricciones al uso que la ley otorga e infringen los derechos que los usuarios-consumidores-educandos tienen sobre ese material.

2 | El derecho a la educación en el derecho internacional

La educación es un derecho humano reconocido por diversos instrumentos del derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a la educación" (art. 26), y que todas las personas tienen "derecho a la libertad de opinión y expresión" y que "incluye el de (...) investigar y recibir informaciones y opiniones" (art. 19). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación" (art. 13), y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de acuerdo a las reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, aclara que los Estados miembros convienen ampliar "para todos, las oportunidades en el campo de la educación" (art. 31, inc. h), y que los "Estados Miembros darán importancia primordial (...) al estímulo de la educación, la ciencia y la cultura" (art. 45).

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 contiene una visión integral del derecho a la educación, la reconoce como un derecho y hace consideraciones de gran importancia, como la de la obligación de promover la cooperación internacional para "eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y (...) facilitar el acceso a los conocimientos técnicos" especialmente en los países en vías de desarrollo (art. 28, inc. 1). Refiere además que la educación deberá "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades", lo cual implicaría acceso a todas formas de conocimiento actualizado (art. 29, inc. 1).

En el ámbito regional, el Protocolo I agregado al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, hace referencia a que a nadie se le puede negar el derecho a la educación (art. 2º, inc. d), interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como atinente a todos los niveles de instrucción,⁽⁴⁾ desde el primario hasta el universitario, en la medida que se trata de un derecho civil dentro del significado de la

(4) TEDH, *Leyla Sahin c. Turquía*, n° 44774/98, 29/06/2004, §§ 136/137.

Convención (art. 6°).⁽⁵⁾ Siguiendo con la interpretación expansiva propuesta en este trabajo, el derecho a la educación entendido como derecho a recibir conocimiento, se encuentra enunciado en la citada Convención que, al instituir el derecho a la libertad de expresión, incluye la libertad de recibir y transmitir información o ideas (art. 10).

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de la Gente —la Carta de Banjul—, declara que “cada individuo tendrá el derecho a recibir información” (art. 9°), y que “cada individuo tendrá el derecho a la educación” (art. 17). La Corte de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, —ECOWAS, de acuerdo sus siglas en inglés—, ha dictaminado que el derecho a la educación es un derecho justiciable ante esa corte e, implícitamente, que constituye un derecho individual y colectivo frente al cual no sólo personas que sufran un daño sino también organizaciones civiles cuentan con *locus standi* para accionar contra Estados miembros de ECOWAS.⁽⁶⁾

La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático —ASEAN, de acuerdo a sus siglas en inglés,— conglomerada a diez Estados de esa región⁽⁷⁾ y en noviembre de 2012 adoptó la Declaración de ASEAN de Derechos Humanos, que expresa que “cada persona tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión, incluyendo la libertad de (...) buscar, recibir e impartir información, tanto oral, por escrito o a través de cualquier otro medio de elección de la persona” (art. 23). La Declaración asiática estipula que “cada persona tiene derecho a la educación”, lo que se complementa cuando dice que “cada persona tiene el derecho de (...) tomar parte libremente en la vida cultural, disfrutar las artes y los beneficios del progreso científico” (art. 31, inc. 1 y art. 32).

En el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida “Pacto de San José de Costa Rica”, manifiesta que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión” (art. 13, inc. 1), y que ese derecho incluye la “libertad de buscar, recibir y difundir

(5) TEDH, *Emine Arac c. Turquía*, n° 9907/02, 23/09/2008.

(6) ECOWAS, *Registered Trustees of the Socio-Economic Rights & Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria & Another*, ECW/CCJ/APP/0808, 27/10/2009.

(7) Brunei Darussalam, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam.

informaciones" por cualquier medio. Es importante señalar que, en línea con el proceso de propietización de las cosas comunes, como el conocimiento, el Pacto de San José de Costa Rica no tiene un artículo específico al derecho humano a la educación, pero sí tiene uno referido a la propiedad privada, mientras que la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 contenía a ambos en sus arts. XII y XXIII, respectivamente. En el caso del derecho a la educación, solo contenía una referencia al ya citado Protocolo de Buenos Aires, que reforma la Carta de la OEA, hasta que en 1999 entró en vigor el Protocolo de San Salvador,⁽⁸⁾ que dice que "toda persona tiene derecho a la educación" (art. 13 inc. 1). Esto facilitó los mecanismos de protección establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte derivadas de los instrumentos de derechos humanos en la región. Fue esta corte la que en el caso "Aloeboetoe"⁽⁹⁾ estableció un importante vínculo entre el derecho a la igualdad, la no discriminación y el derecho a la educación, y en el caso de las niñas "Yean y Bosico"⁽¹⁰⁾ dictaminó que el Estado debe cumplir con su obligación de garantizar el acceso a la educación.⁽¹¹⁾

En el contexto del sistema internacional de derechos humanos aquí enunciado, las obligaciones que nacen del derecho a la educación han sido explicadas por Katerina Tomasevski, ex Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, bajo un esquema de cuatro **aes**: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.⁽¹²⁾ La primera

(8) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(9) CORTE IDH, "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam" (Reparaciones y Costas), 10/09/1993, Serie C N° 15.

(10) CORTE IDH, "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", 09/08/2005, Serie C N° 130.

(11) Si bien en ese caso se refería al acceso a la educación primaria, sus principios y lógica se extienden a la educación en general en cuanto a que no deja lugar a duda en catalogar al derecho a la educación como un derecho humano protegido en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos.

(12) TOMASEVSKI, K., "Indicadores del derecho a la educación", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 40, 2004, pp. 349/351.

de estas **aes** se refiere a la obligación de los gobiernos de disponer de establecimientos educativos que cubran la totalidad de la población y respeten su diversidad. En un contexto actual esto implicaría el acceso a fuentes de información digitales y clases virtuales para zonas remotas con oferta educativa limitada y no diversa. La segunda de las obligaciones se refiere al asegurar educación gratuita, obligatoria e inclusiva en los niveles básicos y medio, además de facilitar el acceso a la educación superior. En un entorno de TICs, tal obligación incluiría el acceso a materiales adecuados en forma gratuita. La tercera obligación de los Estados incluye aquellas cuestiones referidas a la calidad de la educación, esperándose que se adecue a los cambios de la sociedad. En una sociedad hiperconectada, tal calidad también pasa por la conexión a contenidos actualizados y pertinentes. Finalmente, la cuarta **a** es de adaptabilidad, lo cual demanda la adaptación progresiva de la educación para fortalecer y promover los derechos humanos, siendo el acceso a la información uno de ellos.

3 | Pautas generales del derecho a la educación en Argentina

Nuestra Constitución Nacional de Argentina establece el derecho a enseñar y a aprender (art. 14) e incorpora a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, otorgándoles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), por lo que es aplicable a la Argentina todo lo descrito en la sección precedente.

La ley 26.206 establece que la “educación es una prioridad nacional y se constituye en una política de Estado para (...) respetar los derechos humanos”, dentro de los cuales se encuentra el del acceso a la información (art. 3°); y agrega explícitamente que “el Estado garantiza el acceso de todos/as los/as ciudadanos/as a la información y al conocimiento” (art. 7°), lo cual complementa al artículo anterior que le impone al Estado la obligación de garantizar “el ejercicio constitucional de enseñar y aprender”, y es seguido del art. 8° según el cual “la educación brindará la oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer le formación integral de las personas a lo largo de toda la vida”. Dentro de la cuantiosa

jurisprudencia que ratifica la primacía del derecho a la educación, sobre todo de los niños, se puede referir al caso del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el cual se ponderó que tal derecho era incluso superior a otros constitucionalmente establecidos como el derecho a huelga.⁽¹³⁾

Por otra parte, la misma Ley de Educación Nacional Argentina obliga al Estado a garantizar condiciones educativas adecuadas que permitan la igualdad de oportunidades en el acceso y los resultados educativos a través de la provisión de recursos económicos, materiales, culturales, pedagógicos y tecnológicos a estudiantes, familias y escuelas en situación económica desfavorable (art. 80), a lo cual le suma el derecho de los estudiantes a aprender con instalaciones y equipamiento adecuados (art. 126, inc. j). Estando el alumnado y la sociedad inmersos en lo que Castells llama la "galaxia de Internet",⁽¹⁴⁾ tal obligación del Estado incluye el acceso a información y tecnologías digitales.

A los efectos de garantizar que el derecho a la educación sea efectivo en la Argentina, el art. 1° de la ley 25.864 fija un ciclo lectivo anual mínimo de 180 días de clase y su art. 2° establece que las autoridades respectivas "deberán adoptar las medidas necesarias a fin de compensar los días de clases perdidos" en caso de no llegar al número de días fijados. Se plantea el interrogante de si estas medidas incluyen el uso de plataformas virtuales y la provisión de materiales digitales. Es posible argumentar que tal opción constituye una solución válida en los casos en que es posible.

Otra de las cuestiones básicas del derecho a la educación en la Argentina se relaciona con la gratuidad de la educación pública estatal, establecida en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 19) y especificada tanto en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 16) como en la Ley 26.206 de Educación Nacional (art. 11, inc. h). Va de suyo que siguiendo los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, tal gratuidad debe estar garantizada en los casos que la educación sea impartida de forma virtual mediante el uso de TICs.

.....

(13) STJ RIO NEGRO, "Frank, Silvia s/amparo s/competencia", 25/07/2009.

(14) CASTELLS, MANUEL, *The Internet Galaxy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Una de las cuestiones que el uso de las nuevas tecnologías permite es la llamada personalización masiva, lo cual tiene directa implicancia sobre el derecho a la adaptación de la educación a las necesidades específicas de grupos diversos de estudiantes, fomentando la integración con respecto a las diferencias, tal lo estipulado por la Ley de Educación Nacional (arts. 42/45 y 52/54). No se puede dejar de mencionar, en este breve repaso sobre algunos aspectos que hacen al derecho humano a la educación en la República Argentina, la obligación de dotar a todas las escuelas de los recursos materiales necesarios para garantizar una educación de calidad (art. 85 de la misma ley), y la de incorporar herramientas tecnológicas al proceso de enseñanza y aprendizaje (arts. 94 y 99).

Se ha sostenido que, en la actualidad, las tecnologías de la información y las comunicaciones constituyen un elemento idóneo para garantizar los derechos establecidos en la normativa | vigente, y que "pueden contribuir al acceso universal a la educación, la igualdad en la instrucción, el ejercicio de la enseñanza y el aprendizaje de calidad y el desarrollo profesional de los docentes".⁽¹⁵⁾ Los recursos para lograr un cumplimiento efectivo con las obligaciones previamente expuestas no se limitan al simple acceso a información textual, sino que existen nuevas formas de alfabetización⁽¹⁶⁾ que incluyen música, juegos y videos,⁽¹⁷⁾ instrumentos que están en el frente de las disputas globales por la expansión de los derechos de propiedad intelectual a favor de los productores de contenidos.

4 | De la promoción del saber a la propietización del conocimiento

Los derechos de propiedad intelectual son ficciones legales que protegen las creaciones de la mente y que el legislador ha instituido a efectos de perseguir ciertos objetivos de política pública, los cuales son susceptibles de cambiar aunque tienen un claro límite constitucional. Han evolucionado marcada y rápidamente al compás del desarrollo del sistema capitalista,

(15) Ver [en línea] www.unesco.org/new/es/unesco/themes/icts/

(16) LANKSHEAR, C., & KNOBEL, M., *New Literacies*, Maidenhead, Open University Press, 2003.

(17) GEE, J. P., *What video games have to teach us about learning and literacy*, New York, Palgrave MacMillan, 2003.

y en el actual contexto de hipercapitalismo financiero donde las regulaciones globales y domésticas reconocen abiertamente ser maleables a las necesidades de un pequeño grupo de grandes corporaciones transnacionales,⁽¹⁸⁾ su alcance los coloca en una situación de preeminencia con respecto a otros sistemas de derechos. Han crecido desde simple regulaciones a procesos creativos e inventivos para pasar, en una sociedad de la información, a dominar las agendas de reuniones comerciales entre los Estados y dentro de organismos internacionales, imponiendo severas restricciones a la soberanía de los países menos poderosos.⁽¹⁹⁾

Debido a la relación más estrecha entre los derechos de autor y la difusión del conocimiento en la sociedad de la información, en este trabajo la atención está centrada en este tipo de derechos sin olvidar que el derecho de patentes y la protección de los secretos industriales puede tener también un gran impacto en el acceso al conocimiento de ciertos pueblos y, por ende, en la garantía del derecho humano a la educación.

Los orígenes del derecho de autor se remontan a Europa del siglo XVII cuando, debido a la expansión en el uso de la imprenta de tipos móviles, se empezaron a publicar libros que la iglesia consideraba indecentes o los reyes veían como sediciosos. Para controlar tales publicaciones se dictaron normas como la Ley de Licenciamiento de Imprentas, de 1662 de Inglaterra, la cual requería una licencia para imprimir cualquier tipo de libros. De hecho, esa ley generó un monopolio de impresión en favor de la Compañía de Libreros, un grupo de imprentas afines al rey, quienes censuraban cualquier publicación que pudiera ofenderlo. La situación en pos de permitir la publicación de ideas distintas hizo ebullición a principios del siglo XVIII, y la misma Compañía de los Libreros creó la figura del "pobre autor" que dependía de su creatividad para vivir, a la vez que instituyó la posibilidad de que licenciara sus trabajos a las casas de imprenta. El resultado fue el Estatuto de la Reina Ana, de 1710,

(18) Solo como ejemplo, pequeño pero llamativo por lo burdo, vale citar la modificación de la ley brasileña que prohibía el expendio de alcohol en los estadios de fútbol, luego de que FIFA explícitamente lo exigiera puesto que Budwesier era uno de sus principales sponsors. Textualmente, el Secretario General de la FIFA dijo que "las bebidas alcohólicas son parte de la Copa del Mundo FIFA, y vamos a tenerlas. Discúlpenme si sueno un poco arrogante pero eso es algo que no vamos a negociar". Ver [en línea] www.bbc.com/news/world-latin-america-18348012

(19) CORREA, C. M., *Derechos de la propiedad intelectual, competencia y protección del interés público*, Bs. As., Euros Editores, 2009.

que constituye la primera ley de derecho de autor conocida. Su título completo es "Una Ley para el Estímulo del Aprendizaje, Otorgando los Derechos sobre Copias de Libros Impresos a los Autores o los Compradores de esas Copias durante un Tiempo aquí mencionado". Se observa aquí que, por un lado, comienza la retórica de incentivo al aprendizaje y, por el otro, la costumbre de transmitir esos derechos a otros, en los hechos un resguardo para los editores más que a los autores.⁽²⁰⁾ El Estatuto de la Reina Ana establecía que las obras publicadas recibirían un plazo de protección de 14 años, que podía ser extendido una vez en caso de que el autor viviera, y le daba un plazo único de protección de 21 años a las obras publicadas antes de la sanción de la ley. Luego de esos plazos, el derecho exclusivo a autorizar copias se extinguía, y las obras pasaban al dominio público. Es importante destacar que, de hecho, el dominio público no se constituyó legalmente hasta que la Cámara de los Lores trató el caso *Donalson v. Beckett*, en 1744, y decidió en contra de los derechos de autor eternos. Sin embargo, se puede argumentar que lo más importante de tal decisión es la afirmación de que el derecho de autor es una pura creación legal y no un derecho natural, lo que tiene implicancias en las discusiones actuales. En EEUU de América, la cláusula 8, sección 8 del art. 1º de la Constitución de ese país le da al Congreso la facultad para "fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos, notándose que el objetivo es el fomento de la ciencia y las artes útiles y no la protección *per se*."⁽²¹⁾

En Europa continental, el derecho de autor siguió un camino diferente, en cuanto a que, además de los derechos patrimoniales transferibles a terceros, el autor de una obra estaba imbuido de derechos morales, eternos e intransferibles. Esta visión francesa tuvo un gran impacto en el desarrollo del derecho de autor a nivel global, donde conviven las visiones utilitarias patrimonialistas del derecho anglosajón y las cuestiones de derecho natural francesas. Pero este desarrollo global es un fenómeno relativamente reciente.

(20) SÁDABA, I., *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008.

(21) LESSIG, L., *Free Culture*, Nueva York, The Penguin Press, 2004.

Hasta el fin del siglo XIX, la protección de los derechos de propiedad intelectual, en general, era una cuestión doméstica. Cada país tenía leyes de protección propias que no se extendían más allá de sus fronteras, lo cual generaba industrias muy rentables en países con poca producción literaria como los Estados Unidos, en donde era común imprimir legalmente copias no autorizadas de autores ingleses y venderlas localmente a precios muy inferiores a los de los libros originales producidos en Inglaterra.⁽²²⁾ Sin embargo, ya en los inicios del siglo XIX, la expansión del comercio internacional había puesto en tensión este arreglo puramente doméstico y un número de países europeos habían negociado una red de acuerdos bilaterales para el reconocimiento de derechos autorales recíprocos. La incipiente "piratería" de países como EEUU generó una creciente demanda por la codificación de los distintos principios de derecho de autor en un tratado internacional.⁽²³⁾ Lo mismo ocurría en el campo de las invenciones y la necesidad de armonizar ciertas cuestiones del derecho de patentes.

La respuesta al *collage* de legislaciones nacionales fue la adopción, en 1883, de la Convención para la Protección de la Propiedad Industrial de París que cubría patentes, marcas y diseños industriales, y la Convención de Berna para la Protección de Trabajos Literarios y Artísticos, de 1886. Los principios que guiaban a estos tratados internacionales eran los de no discriminación, tratamiento nacional y el derecho de prioridad. El principio de "no discriminación" establece que no debe haber barreras para la entrada de un autor o inventor extranjero en el mercado nacional de un Estado miembro. "Tratamiento nacional" implica que una vez que un autor o inventor ha entrado a un mercado de un Estado miembro ese autor o inventor no debe ser tratado diferente que los nacionales de este Estado. El régimen de "prioridad" le otorga protección a los derechohabientes frente a copias o usos no autorizados, por un plazo determinado, cuando la creación o invención ha sido registrada en otro país miembro de la Convención.

En suma, bajo este sistema, cada país podía aprobar su propia legislación libremente, pero debía ofrecer la misma protección a autores extranjeros de algún Estado miembro de las convenciones. Las convenciones no creaban leyes de fondo ni imponían nuevas leyes o principios a sus miembros.

(22) VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs*, Nueva York, New York University Press, 2001.

(23) SELL, S. K., *Private Power, Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

La situación cambió radicalmente cuando, a instancias de un grupo de industriales estadounidenses, el gobierno de los EEUU hizo de la protección de la propiedad intelectual su prioridad número uno en las negociaciones comerciales internacionales. A través de la formación de diversos grupos, con Europa, Australia, Canadá y Japón, con la inclusión de cuestiones de propiedad intelectual en los procedimientos de la Sección 301 de la Ley de Comercio de los Estados Unidos,⁽²⁴⁾ un grupo de países desarrollados comenzó a incluir las cuestiones de propiedad intelectual en las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT. La lógica de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual es quebrada cuando la llamada Super 301, autoriza al gobierno de los Estados Unidos de América a tomar represalias comerciales contra los países que no cumplen, dentro de su propio territorio, con la legislación de propiedad intelectual de los Estados Unidos.

Mediante un proceso de incentivos, presiones y amenazas perfectamente documentado por Peter Drahos,⁽²⁵⁾ los países desarrollados lograron que, al final de aquella Ronda, se formara la Organización Mundial del Comercio, la cual bajo la bandera de un comercio global más libre, incluyó en el tratado sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con Comercio, ADPIC, aspectos que, irónicamente, constituyen restricciones al comercio libre.

El enfoque global impuesto por los ADPIC representa un régimen de propiedad intelectual en general, y de derechos de autor en particular, mucho menos flexible que el régimen de Berna. Antes de la firma del ADPIC, los Estados podían adaptar sus niveles de protección a sus necesidades de desarrollo, lo que de hecho hicieron todas las potencias hasta alcanzar los niveles de crecimiento actuales,⁽²⁶⁾ pero el nuevo régimen promueve la universalidad en la protección de derechos de propiedad intelectual, tornando

(24) La Sección 301 —denominada “super 301”— autoriza al gobierno de los EEUU a tomar represalias comerciales contra países que no cumplen, dentro de su propio territorio, con la legislación de propiedad intelectual de los EEUU, preceptiva que quiebra la lógica de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual.

(25) DRAHOS, P., y BRAITHWAITE, J., *Information Feudalism*, Londres, Earthscan, 2002.

(26) EEUU no adhirió a la Convención de Berna hasta 1989, y, hasta el año 1986, la Sección 601 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos requería que los libros fueran impresos dentro de su territorio para reconocerles la protección de los derechos de autor.

en ilegal comportamientos que eran legales en muchos países. Dentro del nuevo régimen global, los Estados debieron extender la protección del derecho de patentes a "todos los campos de la tecnología"—lo que implicó, para muchos países, la imposibilidad de desarrollar una industria farmacéutica propia—, uniformar la duración de las patentes en 20 años, y asegurar el derecho exclusivo del titular de una patente en importar bienes relevantes a la patente (art. 27 ADPIC).

En cuanto a derechos de autor se refiere, los Estados miembros están obligados a cumplir con las partes substanciales de la Convención de Berna, pero no con al reconocimiento de derechos morales. También deben extender la protección del derecho de autor a los programas de computación y compilaciones de datos, crear derechos de alquiler para programas de computación y producciones cinematográficas, e imponer responsabilidad penal a aquellos que violan los derechos privados de propiedad intelectual. Si bien se suele hacer referencia a la elasticidad del tratado, se observa también que hace hincapié en las limitaciones a los instrumentos de flexibilidad más que a su garantía, al enunciar que "los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos" (art. 13).

En el ámbito de los EEUU, la protección a los titulares del derecho de autor fue expandida aún más con el pasaje de la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital,⁽²⁷⁾ la que, además de extender los plazos de protección a niveles más antieconómicos⁽²⁸⁾ y volver a introducir en el ámbito de su tutela a obras que ya se encontraban en el dominio público,⁽²⁹⁾ instituyó la protección autónoma para las medidas de protección tecnológica. Es decir que, en caso de que una obra se encontrara en el dominio público pero su única copia estuviera protegida por una medida de protección tecnológica, anular de alguna forma tal protección para ofrecerla como contenido público constituye un ilícito que acarrea tanto responsabilidad civil como

(27) *Digital Millennium Copyright Act*.

(28) Para una discusión sobre el plazo óptimo de protección, Marzetti, 2013.

(29) LESSIG, L., *Code 2.0*, Nueva York, Basic Books, 2006.

penal. Este tipo de protección, que podríamos llamar “paralegal”,⁽³⁰⁾ ha sido introducida en las legislaciones europeas —a través de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información—, en la de Australia, en la de Japón, y en la de varios países en vías de desarrollo por imperio de obligaciones impuestas en el marco de tratados de libre comercio entre esos países y EEUU o la Unión Europea.

Resulta de todo este análisis que la combinación de la extensión de plazos, la reducción del dominio público, las medidas tecnológicas de protección, y la criminalización de la violación a los derechos de propiedad intelectual tienen un fuerte impacto en el acceso al conocimiento y, por ende, a la educación en la era de la información. Es necesario señalar que los mismos instrumentos de derechos humanos citados más arriba hacen referencia a la protección de los frutos de la creatividad y la inventiva, lo que resulta en un conflicto entre derechos que puede parecer que tienen el mismo nivel jerárquico en el derecho internacional, conflicto factible de ser minimizado con la extensión de ciertas excepciones a la protección del derecho de autor.⁽³¹⁾

En las jurisdicciones anglosajonas, las excepciones se encuentran englobadas en lo que se llama *fair use*, en EEUU, y *fair dealing*, en Inglaterra.⁽³²⁾ De nacimiento jurisprudencial en Inglaterra, el uso justo encontró en los EEUU su campo más fértil, encaramado en el Título 17, Sección 107 del Código de los Estados Unidos.⁽³³⁾ Algunos de los usos que pueden ser considerados justos incluyen críticas, comentarios, reportes de noticias,

(30) Si bien la protección es legal en cuanto que está creada y reconocida por los sistemas legales de los países que la tienen, la denominación “paralegal” se refiere a que la protección *per se* está en la medida tecnológica y la ley sólo previene su elusión.

(31) GÓMEZ, y GÓMEZ MADRIGAL, L. S., “Limitaciones a los derechos de autor”, en Solorio Pérez, *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, pp. 132/143.

(32) WILSON, L., *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005.

(33) El Código de los Estados Unidos (denominado en inglés Code of Laws of the United States, United States Code, US Code, o USC) es una compilación y codificación de la legislación federal general de los Estados Unidos, cuya edición principal es publicada por la Oficina del Consejo de Revisión de Ley de la Cámara de Representantes, a lo que se suman suplementos anuales.

enseñanza, usos académicos e investigación. A los efectos de considerar si un uso es justo o no, la sección 107 establece cuatro factores: el propósito y carácter del uso, la naturaleza de la obra, la cantidad y porcentaje de la porción usada y el efecto que el uso tiene sobre el mercado potencial o el valor de la obra.

5 | Breve referencia al derecho de autor en Argentina

La Constitución Nacional consagra que "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley" (art. 17), y varios de los tratados y declaraciones incorporados con rango constitucional también hacen referencia a la protección de las creaciones de la mente como un derecho humano (art. 75, inc. 22). La ley 11.723, mal denominada Ley de Propiedad Intelectual,⁽³⁴⁾ es la ley de derecho de autor de Argentina, y define qué se entiende por obras en un listado enunciativo, resumiéndolo en "toda producción científica, literaria o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción" (art. 1º), aclarando que la protección del derecho de autor abarca la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no la ideas, procedimientos, métodos y conceptos subyacentes a esas expresiones. De esto se deduce que la totalidad de los materiales susceptibles de ser usados en entornos educativos se encuentran alcanzados por la definición de "obra" de la legislación argentina.⁽³⁵⁾

El plazo de duración de los derechos de autor varía de acuerdo a quien ostente la titularidad de la obra y del tipo de obra. Durante la vida de los autores y sus herederos, hasta setenta años luego de la muerte del autor, setenta años de la publicación para los intérpretes y productores y cincuenta años para las obras anónimas pertenecientes a instituciones,

.....

(34) Es reconocido a nivel global que la expresión "propiedad intelectual" engloba tanto a la propiedad intelectual como a los derechos de autor. En Argentina, desde la sanción hace más de cien años de la ley 11.723, se persiste en un uso de un lenguaje que no se corresponde ni con el mismo derecho argentino, ni con los tratados incorporados, ni con la costumbre y doctrina nacionales e internacionales.

(35) Para una discusión más exhaustiva de los derechos de autor en Argentina, FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Manual de los Derechos de Autor*, Bs. As., Heliasta, 2011.

corporaciones o personas jurídicas.⁽³⁶⁾ Siguiendo con la idea de obras producidas o a utilizar mediante TICs, por la cercanía temporal de la creación de estas tecnologías, es de esperar que de una forma u otra la inmensa mayoría de las obras en formato digital se encuentren dentro del plazo de protección.

En la legislación argentina existen pocos usos permitidos de obras protegidas, limitándose al doblemente circunscripto derecho de cita (art. 10, ley 11.723),⁽³⁷⁾ a los discursos políticos o literarios, a las noticias de interés general, a la representación, ejecución y recitación de obras literarias en actos públicos de establecimientos de enseñanza y a la ejecución de obras musicales por parte de orquestas estatales cuando la concurrencia sea gratuita. No existe la excepción de la llamada “copia privada”, que es la que autoriza a un usuario a hacer una copia de una obra que ha adquirido legalmente para su uso privado y sin fines de lucro. Tampoco el *format shifting*⁽³⁸⁾ o cambio de formato se encuentra dentro de la excepciones —mejor llamadas defensas por violación—, a los derechos de autor, lo que impone un gran límite para los usos educacionales de las obras protegidas, constituyendo un claro ejemplo de la llamada paradoja del derecho de autor,⁽³⁹⁾ en cuanto fue instituido para fomentar la creatividad pero la instauración de un sistema rígido y excluyente conspira contra las posibilidades de creación de las próximas generaciones.

6 | Pensamientos finales

La cuestión de la relación entre el derecho a la educación, el acceso al conocimiento y la propietización de la información a través de los derechos de autor requiere un análisis que supera este esbozo del problema, y necesita de la exploración de múltiples disciplinas para alcanzar una conclusión acabada. Sin embargo, la información necesariamente acotada y los

(36) VIBES, F. P., *Derechos de propiedad intelectual*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

(37) Limitado en la cantidad de palabras y en los fines.

(38) HOGGE, B.; HOLLOWAY, M.; BARRIO, F.; GROSSMAN, W.; BLACKER, O.; y HATCHER, J., *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property: proposed changes to copyright exceptions. Response of the Open Rights Group*, Londres, Open Rights Group, 2008.

(39) NETANEL, N. W., *Copyright's Paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

conceptos adelantados permiten vislumbrar un conflicto entre derechos que el legislador doméstico e internacional han considerado de igual nivel jerárquico en una hipotética pirámide normativa, estimación que parece forzada y errónea.

Los derechos de propiedad intelectual son instrumentos de política pública útiles para la consecución de ciertos objetivos de fomento de la creatividad e innovación, pero sus beneficios han sido exagerados en grado supremo por aquellos que, teniendo el poder de influenciar el dictado de normas, se encontraron con que restringir el uso de obras y de ciertas tecnologías era más fácil y redituable que adaptar sus modelos de negocios a las mismas.

Por otra parte, la utilidad y los beneficios provenientes de la educación, definida de la manera que sea, exceden cualquier proyección positiva, y el pleno ejercicio del derecho humano a la educación es un seguro para el cumplimiento y garantía del resto de los derechos.

En ese contexto, la equiparación del derecho a la educación con los derechos a la protección de las creaciones de la mente, propietizadas a través de los derechos de propiedad intelectual, solo puede ser explicada por sistemas jurídicos internacionales y domésticos donde los intereses de unos pocos que se han apropiado del conocimiento priman sobre el interés del conjunto.

De la misma forma que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina ha significado el reemplazo de un código patrimonialista por uno en el cual los principios constitucionales y de derechos humanos se traducen en normas civiles, es necesaria una reforma profunda de los institutos de propiedad intelectual para que, sin ignorar los derechos patrimoniales de los creadores e inventores, estos cedan su lugar de preeminencia a los derechos colectivos de acceder al conocimiento y a una educación inclusiva.
