

**CREATIVE COMMONS:  
UNA RESPUESTA LEGAL FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LOS  
DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN\***

**Entrevista a William W. Fisher III\*\* y Lawrence Lessig\*\*\***

*Hoy es imposible hablar de conocimiento o información sin pensar en Internet. Este avance de la democratización informativa está potenciando el desarrollo de las ciencias en todo el mundo a una velocidad, hasta hace unas décadas, incalculable. Los retos que estos nuevos medios de difusión plantean, invariablemente, han significado en muchos aspectos un reto del ordenamiento jurídico vigente.*

*En un mundo de blogs, podcasts, wikis, journals, fotologs, metadata, freeware, webcasts y demás formas de conocimiento libre ha surgido la pregunta sobre la vigencia de nuestro sistema de derechos de autor. Aprovechando su visita para la presentación de las licencias Creative Commons en Perú, THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de conversar con dos investigadores norteamericanos, quienes han generado una respuesta eficiente frente a la actual revolución informativa en el mundo.*

\* Las presentes entrevistas fueron realizadas en el mes de junio de 2006 por Isabel Lira, ex Directora de la Comisión de Proyección Académica de THEMIS; Carmen María Accinelli, Directora de la Comisión de Gestión de THEMIS, y Jimena Aliaga, ex miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. La traducción fue realizada por Mario Fernando Drago, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, y por María José Higuera, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Las notas del editor estuvieron a cargo de Miguel Morachimo, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS.

\*\* Catedrático del curso de Derecho de la Propiedad Intelectual en la Universidad de Harvard. Director del Berkman Center for Internet and Society, departamento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard dedicado al estudio del ciberespacio.

\*\*\* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford. Fundador del Berkman Center for Internet and Society. Creador y ex presidente de Creative Commons, organización no gubernamental y sin ánimos de lucro dedicada reducir las barreras legales a la creatividad a través de una nueva regulación en los derechos de autor. Fue presidente de Creative Commons hasta diciembre de 2006, cuando le transfirió la presidencia al japonés Joi Ito. Más información: [pe.creativecommons.org](http://pe.creativecommons.org).

**1. En los últimos años se ha discutido ampliamente el tema de los diferentes mecanismos regulatorios aplicables a la Internet. ¿Cuál es su opinión acerca de este tema?**

**LESSIG:** Bueno, en primer lugar, no dudo que exista la presión y necesidad de regular la Internet. Lo que me gustaría recalcar es la manera de regularla; es decir, cómo la manera de regular la tecnología va a cambiar el comportamiento de las personas. Para regular tenemos que entender muy bien todos los sistemas legales de las diferentes opciones que se nos presentan gracias a la tecnología. Me refiero a que existen muchas opciones entre las cuales podrían y deberían escoger los que hacen las pólizas para beneficiar a la sociedad.

**2. En la conferencia<sup>1</sup> dijo que, por el carácter internacional que tiene la Internet, ésta es muy difícil de regular. Luego mencionó que una catástrofe de la magnitud del desastre del 11 de setiembre de 2001 podría ocurrir si se deja todo sin regulación. ¿Por qué cree usted esto?**

**LESSIG:** Bueno, no es porque no conozca nada de tecnología, sino porque existe gente que estudia la naturaleza de los virus y otros software dañinos. Yo he concluido de manera bastante informal que el daño causado por éstos es mucho menor del que realmente podrían causar. Por alguna razón, quienes crean estos *software* se han limitado, podrían causar daños mucho más graves. Sin embargo, han decidido sólo causar daños leves, del tipo de los que no hacen a una compañía colapsar. Y ya que no hay una razón técnica por la que no están generando perjuicios de mayor grado; sólo es cuestión de tiempo para que algún grupo o ente patológico decida aprovechar esta oportunidad de generar daños más graves. Es difícil reconocer a la gente que podría causar grandes daños, en especial en los Estados Unidos, y es sólo cuestión de tiempo, en mi opinión, hasta que la tecnología sea usada hacia esa dirección.

**3. ¿Le parece razonable que países como el Perú inviertan grandes sumas de dinero en programas con el "Plan**

**Huascarán" buscando expandir el acceso a la Internet en los lugares más pobres, incluso cuando éstos no tienen servicios básicos como agua y electricidad?**

**LESSIG:** Definitivamente no creo que la carencia de conexión a Internet sea el problema más grave, por lo que no diría que este problema debería ser antepuesto sobre la carencia de otros servicios más básicos. Sin embargo, la Internet sí crea oportunidades económicas para la sociedad, por lo que quizás podría verse como una manera más efectiva de mejorar los prospectos económicos que ayudan a la inversión. No puedo comentar, obviamente, sobre los particulares, pero sí me parece irracional invertir grandes sumas o recursos incluso si ofrece ventajas.

**FISHER:** Sí, pienso que es razonable. ¿Por qué? Bien, porque la Internet, entre otras cosas, es un vehículo crucial para permitir a la gente no solamente dar, sino comenzar a participar activamente en la economía global. Entonces, la gente puede, gracias a la Internet, obtener habilidades, como programación de computadoras, y comenzar a hacer cosas que son mucho más provechosas que otras –o todas las otras– actividades que ellos realicen. Esto podría ser tan importante como que la gente reciba bienes de consumo.

Pero bueno, es una cuestión técnica que puede variar dependiendo de la jurisdicción, y pienso que no puede ser contestada sin hacer caso a una jurisdicción particular. Si usted hace una pregunta general sobre si el acceso a Internet es esencial, como para que el gobierno lo deba hacer disponible a todos sus ciudadanos, entonces la respuesta es sí.

**4. En la actualidad se discute mucho acerca de las consecuencias negativas y positivas que ha traído consigo el sistema de *copyright*. ¿Qué opinión le merece este tema?**

**LESSIG:** Bueno, creo que el sistema de *copyright* está simplemente obsoleto; eso no quiere decir que no deberíamos tener un sistema de *copyright*. Considero que sí debemos tenerlo, pues es importante para los creadores y para las industrias

<sup>1</sup> Nota del editor: La pregunta se refiere a la conferencia ofrecida por el profesor Lawrence Lessig en el marco del seminario ILaw Program Perú 2006, realizado en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica los días 27 y 28 de junio de 2006 y organizado por el Berkman Center for Internet and Society de la Universidad de Harvard, INDECOPI, CPSR Perú y THEMIS.

creativas. Creo que su arquitectura está pasada de moda considerando las nuevas tecnologías, por lo que necesitamos un sistema que le proporcione al autor y a los creadores los incentivos necesarios, y al mismo tiempo que no destruya el potencial de esta tecnología para ser usada como medio para inventar cultura, independientemente de las leyes particulares de cada país. Entonces, creo que necesitamos rediseñar el sistema desde abajo para que tenga vigencia en la actualidad. Piensen en un tren y luego piensen en un avión, si observan el tren y cómo está diseñado, pueden reconocer que no es igual al avión, que no tiene la misma velocidad, que no va a la misma altitud, etcétera. Lo mismo ocurre con el Derecho. Ha habido un cambio radical en la naturaleza de la tecnología que nos comunica con el resto, con otras culturas, con otros comercios, no es por lo tanto sorprendente que leyes base que fueron creadas para la tecnología de los siglos XVII y XVIII deban ser ajustadas a estos cambios.

**FISHER:** Bien, la mayor parte del sistema de derechos de autor tiene mucho sentido. Las leyes de propiedad intelectual son necesarias para proporcionar la compensación justa para los creadores de todos los tipos de información y bienes de entretenimiento, y es necesario proporcionar un estímulo para que ello suceda.

Hay otros sistemas legales que se podrían emplear, y unos que en contextos particulares pueden resultar mejores; por ejemplo, tal vez un sistema de compensación alternativo. Pero, por lo general, el *copyright* trabaja bastante bien en la mayoría de jurisdicciones. Sin embargo, hay algunos detalles del sistema de *copyright* que son desafortunados. Así sucede en los Estados Unidos, y ello se traslada a otros países. Por ejemplo, la amplia protección de los sistemas de cifrado, decretados en el Digital Millenium Copyright Act (en adelante, "DMCA")<sup>11</sup> y en la legislación similar. Así, hay rasgos específicos criticables del *copyright* y que por tanto deberían ser modificados.

**5. El Perú sufre de un problema muy serio de piratería, actualmente el 60% del Mercado está ocupado por productos piratas, es decir ni la mitad de éstos**

**pagan derechos de autor. Por un lado, esto brinda trabajo a muchos peruanos, pero por el otro, el Instituto de Defensa del Consumidor y la Propiedad Intelectual (en adelante, "INDECOPI") lo considera un crimen y cada vez trata de imponer sanciones más fuertes. ¿Cómo cree que podríamos llegar a un balance entre la perspectiva legal y la realidad social?**

**LESSIG:** Es una pregunta muy compleja. Para comenzar, tenemos la perspectiva histórica de que las naciones desarrolladas, incluyendo a Estados Unidos, se habían –ya sea para bien o para mal– alejado de la protección de la propiedad intelectual. Por lo tanto, Estados Unidos, durante los primeros cien años de la república, no protegía ningún tipo de *copyright*. Creo que fue un error, dado que es importante proteger los *copyright* de las naciones en desarrollo. Pero la pregunta es de qué manera los proteges, es decir, bajo qué circunstancias; porque los países en desarrollo alrededor del mundo se ven sistemáticamente coaccionados a aceptar tratados que no pueden no aceptar por motivos económicos y que imponen *copyrights* muy restrictivos. Esto puede no favorecer a los intereses económicos del país si lo vemos de manera aislada, pero entre tener acceso al mercado americano y no percibir impuestos, o tener acceso con un impuesto del 18%, facilita dicha decisión. Por lo que uno de los problemas es que los gobiernos están siguiendo instrucciones que no tienen sentido si se aprecian aisladamente.

Sin embargo, sí pienso que la piratería, vista en un sentido amplio como piratería comercial, daña las oportunidades de las industrias creativas. Pero la pregunta es qué medidas tomar al respecto, y creo que una muy buena manera de actuar es hacer que el dueño del *copyright* que se está pirateando sea más agresivo en el mercado y haga de su producto uno más accesible. Entonces, por ejemplo, si vamos a China, los productos piratas tienen un mercado extraordinariamente sofisticado, de muy diversas calidades y precios, tienen tiendas de DVDs, de CDs, y claramente se puede ver que uno escoge que calidad quiere, y no entiendo por qué en un país con un mercado tan sofisticado para productos piratas, los

William W. Fisher III  
Lawrence Lessig

<sup>11</sup> Nota del editor: El Digital Millenium Copyright Act es una ley de derechos de autor en Estados Unidos que criminaliza no sólo la violación de los derechos de autor, sino también la producción y distribución de tecnología que permita llevar a cabo estas actividades. Asimismo, aumenta las penas para las infracciones a los derechos de autor en Internet.

productores formales no pueden competir y eliminar la piratería. Ello me hace sentir por un lado un rechazo a la piratería, pero al mismo tiempo no me puedo oponer a ella efusivamente, lo que no significa que apoye el medio mediante el cual se da esta práctica.

**FISHER:** ¿Perú no está en la Organización Mundial del Comercio? Como un miembro de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, "OMC"), le obligan a cumplir con el Trips Agreement<sup>iii</sup>. Dicho acuerdo ordena a los miembros, entre otras cosas, reconocer *copyright* en el *software* y proporcionar mecanismos eficaces ejecutorios para asegurarse de que esto suceda. De esta manera, si juntamos estos factores, Perú tiene un deber de controlar la producción y la distribución de *software*. Por tanto, a no ser que Perú se retire de la OMC –un acontecimiento muy improbable– no hay escape para este deber legal.

Y si usted me pregunta sobre una cuestión de políticas, ¿esto es un estado bueno de las cosas? Probablemente no. Las ventajas para los propietarios de *software* son el mejor acceso al mercado peruano, en términos de aumento de ganancias en un relativamente pequeño mercado, que probablemente no justifica los gastos incurridos. Me refiero a gastos para los consumidores peruanos, a quienes se obliga a pagar mucho más; pero más importante aún son los gastos en educación, que se dan cuando la gente participa activamente en mercados informales. Este último punto es mucho más relevante para el *software* original que para el pirateado.

**6. Probablemente en poco tiempo entre en vigencia el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el cuál llevaría a la aplicación del DMCA en nuestro país. En este sentido, ¿cuáles considera serían los problemas y beneficios para el Perú?**

**LESSIG:** Bueno, un problema general del DMCA es que en vez de tener como objetivo los malos

comportamientos, tiene como objetivo el uso de la tecnología. Cuando dicho acuerdo fue considerado en los Estados Unidos yo apoyé la propuesta que postulaba que cuando se sorteaban las medidas de protección contra la copia, entonces se estaba ante un supuesto de infracción de *copyright*, lo que tiene mucho sentido. Esto quiere decir que si se usa una pistola para cometer un crimen no hay duda de las consecuencias, pero lo que el DMCA hace es no preguntar para qué se usó la pistola: es un crimen tanto si se usó como un pisapapeles o si se usó para infringir la protección de copia para usos legítimos.

Ahora, desafortunadamente, creo que el Perú se ha visto presionado a aceptar esta misma errada estructura regulatoria y creo que ésta es más dañina para países como el Perú porque las limitaciones del "*copyright act*" no son tan graves como las que se espera del DMCA. La posibilidad de que este sistema de protección tecnológica cree un control de las necesidades de *copyright* masivo y amplio es, lamentablemente, poca. Entonces, no creo que sería una buena política. ¿El Perú fue irracional en aceptarla? Entiendo que lo hizo porque fue "parte del paquete", lo cual pensado de manera global es algo sensato; caso contrario, se modificaría el resto del paquete.

**FISHER:** La ventaja principal consiste en que esto incentivaría la entrada de grandes empresas que de otra manera no ingresarían al mercado peruano. Ahora tendrán mayor protección ante el crackeo de su *software*<sup>iv</sup>.

La desventaja principal es la misma que afecta al DMCA en Estados Unidos, que es permitir a titulares de un *copyright* el empleo de *software* para bloquear actividades que por sí son legales según la Ley de Propiedad Intelectual. Así, es un crimen, bajo el DMCA, *crackear* algunos *software* que sí podrían *crackearse* sin ese acuerdo. Entonces, el efecto del DMCA es ampliar el poder práctico de creador, más allá de las fronteras de la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>iii</sup> Nota del editor: La referencia es al Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, mejor conocido como WTO TRIPS Agreement, acuerdo global impulsado por la Organización Mundial del Comercio que sentó estándares mínimos para la regulación de muchos aspectos de la propiedad intelectual. Este acuerdo introdujo el tema de la regulación de la propiedad intelectual por primera vez a nivel de un acuerdo internacional de comercio y es el más completo hasta la fecha.

<sup>iv</sup> Nota del editor: El crackeo de *software* es la actividad mediante la cual se eliminan las limitaciones que fueron impuestas por el productor de un *software* para evitar su copia informal. Esta actividad casi siempre es ilegal por ser considerada una forma de "piratería".

## 7. Háblenos un poco acerca de la licencia Creative Commons y de qué lo diferencia del *copyright*.

**LESSIG:** La base del *copyright* dice que el dueño de éste tiene todos los derechos reservados, lo que para muchos creadores no tiene sentido. No es lo que quieren pero la ley de *copyright* no les provee una manera de escoger qué libertades no quieren y cuáles sí. Creative Commons es una herramienta simple y gratuita que le ofrece a los creadores la oportunidad de escoger qué libertades desean. Entonces, lo más resaltante es que: (a) se trata de ofertas y de la opción del creador de escoger y no de esperar que el usuario escoja por él, y (b) va directamente encima del *copyright*, ya que si no fuera por éste, no se podría usar las licencias de Creative Commons para señalar qué libertades se quiere. Entonces, Creative Commons nos deja retener nuestro *copyright* conjunto y al mismo tiempo nos permite hacer ciertas excepciones y permisos, lo que nos parece más poderoso. Al igual que el *copyright*, las licencias de Creative Commons se aplican a nivel mundial.

Las licencias vienen en tres niveles: (1) un acuerdo de *Commons* que describe las libertades asociadas con el contenido, en términos que todos deberían entender; (2) un Código Legal –una licencia–inteligible para abogados que hace que las libertades asociadas con el contenido sean ejecutables, y (3) metadata, inteligible para las máquinas que hace que las computadoras puedan entender estas libertades.

Entonces, si soy el creador de un *blog*<sup>v</sup> y he tomado una licencia de Creative Commons, lo único que tiene que hacer un japonés para traducir mi *blog*, vender publicidad y quedarse con el dinero es pagar por la traducción y por el alojamiento de la página. Algunos podrán mirar esto y pensar que se ha eliminado el *copyright*, pero no tiene sentido pues yo soy el autor y yo estoy escogiendo cómo disponer de mi propiedad en una manera que considero es la mejor, difundiendo mis ideas. Por lo que el pensamiento crítico detrás de Creative Commons es que los autores, y no la sociedad o los legisladores, sean quienes escojan cuales serán los derechos que consideren necesarios. Y cuando

se escoge esto como una expresión de *copyright* no es obliteración, porque cuando Bill Gates regala 100 000 dólares a los niños de África no es una obliteración de su propiedad, sino el uso de su propiedad en la forma en la que él quiere usarla. Y sí, pienso que ayuda a los autores, porque lo único peor que ser pirateado es ser ignorado, pues así se fracasa, y muchos autores piensan que de esta manera están más disponibles, tienen más éxito y existe una mayor motivación.

**FISHER:** Los Creative Commons fueron creados a partir de las leyes del *copyright*. Creative Commons es una organización que facilita a titulares de un derecho de autor el otorgar al público algunos de sus derechos. Bajo este punto de vista, podemos ver a los Creative Commons como un ejercicio del *copyright*. Escribo una novela, el *copyright* me da una lista larga de los derechos que impiden reproducir la novela. Muchos novelistas quieren ejercer algunos de aquellos derechos, pero no otros. Básicamente, lo que las licencias Creative Commons hacen es permitirme entregarle a la gente algunos de esos derechos, pero mantener otros.

Esto es algo positivo, resulta beneficioso para los creadores porque les permite ingeniar nuevas estrategias para ganar dinero. Es beneficioso también para los consumidores, porque así son capaces de disfrutar de ciertas libertades que a los titulares de un derecho de autor no les importa otorgar.

## 8. ¿Cree que Creative Commons podría tener algún efecto en lo que se refiere a la piratería en el Perú?

**LESSIG:** Creo que esa es una pregunta muy complicada. Verán, cuando lanzamos Creative Commons en China, algunos dijeron que ayudaría a aumentar el respeto por la propiedad intelectual. El argumento era que si alguien ve un producto bajo el sistema de Creative Commons crea una mejor relación con el autor, es una manera más humana de expresar cómo quiero mis creaciones. Si se trata a alguien decentemente, la gente responde de manera decente. ¿Cree que los peruanos son decentes? Claro que sí. Si ustedes piensan que esto no va a ayudar a combatir el

William W. Fisher  
Lawrence Lessig

<sup>v</sup> Nota del editor: Apócope de *weblog*. Un *weblog* es una bitácora a través de una página web en la que un individuo o un grupo de ellos publican información y ésta es ordenada y presentada en forma cronológica. Este servicio es proporcionado en forma gratuita por distintas empresas y su utilización es muy difundida en la actualidad.

problema de la piratería en el Perú entonces están afirmando que los peruanos no son decentes y ello no es verdad.

**9. Tomando en consideración los avances tecnológicos como la Internet, es imposible no dar cuenta de los altos costos que implicaría la exclusión del *copyright*. Sabiendo que el autor o la persona que mantenga la patente bajo los parámetros del *copyright* será la única que se beneficie con estos derechos, ¿cree que es razonable pensar que en futuro se puedan diluir dichos costos en la sociedad internacional?**

**FISHER:** Si uno sólo se concentra en una jurisdicción particular, entonces no es exacto decir que los residentes no se benefician de los costos que implica el *copyright*. Es verdad que los precios crecen con un sistema de *copyright*. Pero, de otro lado, si el sistema funciona bien, los usuarios obtienen acceso a bienes que no existirían si el *copyright* no estuviese presente. Por tanto, ellos asumen costos, pero obtienen a cambio algo que no obtendrían de otra forma.

Ahora, las cosas se hacen más complicadas cuando existen jurisdicciones diferentes, porque hay veces en que los residentes de un país en vías de desarrollo como Perú pagan mayores precios para acceder a bienes creados en otra parte. Y sabemos que esto es una verdadera ventaja

porque, por ejemplo, no hay ninguna industria de cine sustancial peruana que respetablemente sería estimulada por el sistema de *copyright*. Entonces la injusticia que usted refiere, realmente ocurre en el ámbito de las publicaciones internacionales.

**10. ¿Existe alguna solución para esa injusticia que menciona?**

**FISHER:** Bien, hay dos factores para justificar esto que es definido como una aparente injusticia. La primera es ver las cosas a largo plazo, decir que es verdad que hoy Perú no tiene una industria significativa del cine, pero que el único modo de conseguirla es creando un clima de *copyright* respetable; así, tarde o temprano se verá la expansión de la industria, como se aprecia ahora en Chile, por ejemplo.

La segunda es afirmar que ciudadanos peruanos sufren el daño y no disfrutan de ningún beneficio por la imposición de sistemas de *copyright* estrictos, pero aquellas políticas estrictas son parte de tratados más grandes que lo que hacen es cosechar ventajas en otras áreas. Así, se conseguirá la ventaja de acceder a mercados internacionales a costa de no ser capaz de reproducir un *software*, que de otra manera no obtendrían.

Aquellas son las dos opciones; ambas son muy polémicas y persuasivas dependiendo del contexto.