

El delicado balance entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho a la libertad de expresión: Un análisis crítico.

the delicate balance between intellectual property law and the right to freedom of expression: a critical analysis.

Sara Elina Díaz Deluquez¹

Resumen

La era digital ha propiciado el uso, recepción y manejo de información de manera fácil y accesible para todos los usuarios a nivel mundial, e igualmente, la creación, invención y distribución de contenido para los autores, generando una fricción entre los derechos de los usuarios y de los titulares de los mismos, esta investigación propone un análisis crítico del equilibrio entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho a la libertad de expresión o libertad intelectual, y sus tensiones, para posteriormente proponer ideas que garanticen un equilibrio entre ambos, fomentando la protección de derechos de autor y la libertad creativa en Colombia.

Palabras clave

Conocimiento, derechos de autor, era digital, información y libertad intelectual.

¹ Abogada de la Universidad De La Guajira, Contacto: contacto@diazdeluquezlegal.com

Abstract

The digital era has fostered the use, reception and management of information in an easy and accessible way for all users worldwide, and likewise, the creation, invention and distribution of content for authors, generating friction between the rights of users and their owners, this research proposes a critical analysis of the balance between intellectual property law and the right to freedom of expression or intellectual freedom, and their tensions, to later propose ideas that guarantee a balance between both, promoting copyright protection and creative freedom in Colombia.

Keywords: Copyright, digital age, information, intellectual freedom AND Knowledge.

Introducción

Esta investigación hace énfasis en analizar cómo se puede equilibrar la protección de los derechos de autor con el derecho fundamental a la libertad de expresión, utilizando un análisis crítico tanto de la perspectiva de los titulares como la de los usuarios, ambos derechos son relevantes para la sociedad y para la creación del conocimiento, y entran en conflicto a través del uso y manejo de la información. Por un lado, el derecho de la propiedad intelectual protege las obras y creaciones de los autores, y por el otro, la libertad de expresión posibilita la expresión y difusión de las ideas de forma libre, facilitando subsidiariamente el acceso al aprendizaje y la generación de nuevo conocimiento.

La metodología utilizada en el presente artículo es el método jurídico-dogmático que según Martín² Consiste en estudiar el ordenamiento jurídico, para concluir si las necesidades de la sociedad están en consonancia y así contribuir a su perfeccionamiento. También usaremos un enfoque hermenéutico para lograr una comprensión adecuada del fenómeno, teniendo en cuenta más los fines que los medios, y resistir a la lógica instrumental del método científico³, abriendo camino a un análisis crítico.

1. La propiedad intelectual

La propiedad intelectual está latente en la ciencia y el arte, en el libro y en la expresión, se manifiesta en el ingenio del autor y en el espíritu innovador del artista, hace referencia a todas las creaciones del ingenio humano, y a la disciplina jurídica que brinda amparo a los bienes intangibles, históricamente su origen, se remonta antes de la antigüedad clásica, bajo la ley del trabajo, grupos primitivos en las Islas Filipinas, encontraron una forma de propiedad intelectual al otorgar un derecho exclusivo al autor de una canción, para cantarla y al escritor de un poema, para recitar⁴. Posteriormente, en la Edad Media, con la aparición de la imprenta, se extendió el alcance de las obras y no tardó en aparecer conflictos de reimpressiones, y alteraciones en textos, otorgando un monopolio de impresión en lugares

² MARTÍN, Fernando. Método de investigación jurídica, ¿cuál elegir? Legaltech [página web]. [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://blog.lemontech.com/metodo-de-investigacion-juridica/#:~:text=Los%20dogm%C3%A1ticos%20consideran%20que%20el,de%20este%20modo,%20poder%20mejorarlo.>

³ ARÁNGUEZ, Tasia. ¿Qué es el método hermenéutico? La galería de los perplejos [página web]. [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://arjai.es/2016/08/24/que-es-el-metodo-hermeneutico/>

⁴ DOCK, Marie-Claude. «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire». [s.l.]: [s.n.], 1974.

exclusivos, que relegaba al autor del fruto de su trabajo, no fue hasta 1710, con la promulgación del Estatuto de la Reina Ana que el autor consolidó su derecho a ser el único con la posibilidad de imprimir o de disponer de su creación⁵.

La propiedad intelectual definida como la protección a las invenciones del intelecto humano, es el género, y este se divide en derecho de autor y propiedad industrial, a su vez, la propiedad industrial, se ramifica en signos distintivos y nuevas creaciones, cada área protege un objeto diferente, susceptible de apreciación, pues es fruto del espíritu humano, por ejemplo, en nuevas creaciones, existen las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales, y en los signos distintivos, encontramos a las marcas, los lemas comerciales, rótulos o enseñas y denominaciones geográficas.

Es un amplio espectro de protección jurídica, importante, pues, sin este estímulo, el autor puede verse menos proclive a utilizar todo su potencial para desarrollarse como artista o para producir nuevo conocimiento.

En Colombia, la ley 23 de 1982, "Sobre derechos de autor", reglamentada por la Ley 44 de 1993 y el Decreto Nacional 1472 de 2002, es profundamente garantista, y respalda en gran medida el derecho de los autores. Internacionalmente, El Convenio de Berna, para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886, ofrece una salvaguarda mínima de protección, como es el derecho a traducir, a realizar

⁵ VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de derecho de autor. Colombia: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Unidad Administrativa especial. Ministerio de interior y de justicia, 1905. 105 p.

adaptaciones y arreglos, a representar y ejecutar en público la obra, a recitar en público, a transmitirla, y a realizar una reproducción⁶.

2. La libertad intelectual

El artículo 20 de la Constitución Política de Colombia⁷ reconoce el derecho de toda persona a expresar y difundir su pensamiento, a informar y recibir información, prohibiendo la censura, y otorgando responsabilidad social a los medios de comunicación. El anterior artículo es la norma que garantiza que los colombianos sean libres para aprender, investigar su entorno, auto educarse, experimentar, asimilar, e informarse para tomar decisiones y elecciones según su propia determinación.

Dar razón a las acciones por medio del conocimiento constituye un derecho intrínseco del ser humano, que profundiza en su capacidad para actuar en el mundo, la importancia de la libertad intelectual y de expresión es un tópico que requiere igual atención al derecho de la propiedad intelectual, que ha sido reglamentado y abarcado por la jurisprudencia y doctrina colombiana ampliamente.

Breakey⁸, un filósofo y eticista proporciona una noción novedosa para analizar la propiedad intelectual, y consiste, no en su extensión, sino en su restricción, para ello, argumenta que hay dos tipos de formas en que puede ocurrir: Las restricciones internas, de la misma forma en que pueden ocurrir las apropiaciones de bienes

⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, WIPO. Reseña del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

⁷ *Constitución Política de Colombia*. (1991), Artículo 20.

⁸ Breakey, H. (2016). *Intellectual Liberty: Natural Rights and Intellectual Property (Law, Ethics and Governance)*. Routledge.

tangibles, en este caso, los mismos fundamentos que justifican el cercamiento de la propiedad por parte de un particular, establecen límites sobre cómo y en qué medida puede ocurrir tal apropiación inmaterial. El ejemplo que Hugh utiliza es la condición de Locke, que exige que quien se apropie de una propiedad deje "suficiente y tan bueno" para los demás. Esta es una consideración 'interna' porque la misma razón que justifica la apropiación de la propiedad, le propone una frontera; si esta es justificable porque le permite a una persona preservar y mejorar su vida, entonces, la apropiación debe limitarse para permitir que otros tengan las mismas oportunidades para preservar y mejorar sus vidas. En segundo lugar, existen restricciones que son externas al funcionamiento del régimen de propiedad, la visión se amplía, para ver si hay otras libertades en juego en la apropiación de la propiedad, ya que puede afectar los derechos de representación democrática igualitaria, la libertad de expresión o la libertad de acciones naturales.

En el presente artículo se analizarán los puntos de equilibrio entre el derecho de la propiedad intelectual, y el derecho a la libertad intelectual, este último, no reglamentado en Colombia, pero puesto en práctica a través de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

3. Teorías de la propiedad intelectual

Moore⁹, propone tres teorías en las que ordinariamente los doctrinarios de la propiedad intelectual categorizan su argumento: la teoría basada en la extensión de la personalidad o hegeliana, la teoría utilitarista, que incentiva el progreso social y la innovación y la teoría Lockean, que defiende la relación del trabajo y el esfuerzo.

⁹ MOORE, Adam y HIMMA, Kenneth Einar. Intellectual Property (Stanford Encyclopedia of Philosophy). Stanford Encyclopedia of Philosophy [página web]. Disponible en Internet: <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>

a) Teoría hegeliana

La característica principal del fundamento de G. W. F Hegel¹⁰ consiste en que la propiedad intelectual es una extensión de la personalidad del autor, y estos son titulares de ella, por lo tanto, para que se considere una nueva creación, esta debe representar los talentos, sentimientos, rasgos del carácter, y experiencias vividas por el autor, de este modo, se configura una fusión de objetos tangibles o intangibles con las particularidades del autor, por medio de su voluntad.

b) Teoría utilitarista

Uno de los fines del derecho de autor, es promover la ciencia y las artes, de manera que contribuya con el progreso y aliente el desarrollo y utilidad social, desde el punto de vista del autor, la teoría utilitarista es el fundamento del dominio público, del avance tecnológico, que permite la creación de nuevo conocimiento, y facilita el autoaprendizaje y la educación de calidad, ya que, el autor se ve incentivado a emplear todo su potencial en su arte, al recibir un derecho exclusivo sobre la creación del mismo, nota como su tiempo y su esfuerzo son valorados y producen frutos, sociales y económicos. Esta teoría permite una recompensa para el autor que utilice en buena forma su ingenio, y tiempo libre, explotando su creación y generando progreso para la humanidad.

c) Teoría lockeana

¹⁰ ROJO, Facundo. Philosophical Foundations of the Fair Use Doctrine. En: Revista Isonomía. 2014. ISSN 1405-0218.

Locke¹¹ desarrolló serios argumentos que favorecen el derecho natural a la propiedad, estableciendo premisas que justifican la apropiación, como por ejemplo, la auto preservación, el autogobierno, la independencia y la virtud, y creó métodos para otorgar estos derechos, a su vez que propuso restricciones a la propiedad, como son el vínculo obligatorio con el trabajo anterior y el “suficiente e igual de bueno” para los demás, y también tuvo en cuenta que no se le negaran las necesidades básicas a los demás, con el uso de una propiedad. Por medio de este fundamento para los bienes tangibles, se puede deducir que la propiedad intelectual debe valorarse teniendo en cuenta la capacidad del ser humano para trabajar y accionar, que le permitiría ser titular de lo que produzca.

4. Puntos de equilibrio entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho a la libertad intelectual

El derecho de autor es un área de la propiedad intelectual que protege la materialización de las ideas, impide a un tercero su utilización sin el consentimiento del autor, busca remunerar al creador por su trabajo, pero también es justo que la sociedad se beneficie de las creaciones, en Colombia, nacen las excepciones y limitaciones al derecho de autor como una medida para equilibrar los intereses de los titulares y de los usuarios.

El artículo 22 de la decisión andina 351, el artículo 31 al 44 de la ley 23 de 1982 y el 16 de la ley 1915 de 2018, proporcionan el marco normativo, y una lista de los usos permitidos bajo esta figura, solo es posible su utilización en los casos que la ley lo mencione, y únicamente por interpretación restrictiva, la regla de los tres pasos de Berna consiste en que a los países firmantes, se les impondrá limitaciones

¹¹ Breakey, H. (2016). *Intellectual Liberty: Natural Rights and Intellectual Property (Law, Ethics and Governance)*. Routledge, p.7.

al derecho solamente para determinados casos, siempre y cuando no perjudique la explotación normal de la obra, ni los intereses de los titulares.

a) Fair use

La doctrina del Fair Use es empleada en los Estados Unidos de América de manera frecuente, está establecida en la Copyright Act of 1976 y permite el uso de partes de obras ajenas y preexistentes, para la creación de nuevas sin la autorización del titular de los derechos de la obra original si se cumplen con determinados requisitos.

Para que se permita la transformación de esta obra original mezclada con nuevos elementos se debe tener en cuenta el propósito y el uso, de aquella, es decir preferiblemente, que tenga fines educativos, que su naturaleza no sea de obra inédita, la proporción, y su uso en el mercado¹².

Este uso transformativo, es considerado como tal, cuando se le adiciona una particularidad nueva a la obra original, con un fin diferente u otras características que permiten que sea una nueva creación, con otro significado o función.

b) Teoría del dominio público

La teoría del dominio público consiste en aquellas obras que no están protegidas por el derecho de autor, o está ya caducado, por lo tanto, son de libre uso e implementación. Según Samuelson¹³ son varias las ventajas que el dominio público proporciona al régimen de derecho de autor y patentes: fomenta la educación, la salud y seguridad, los procesos y valores democráticos, permiten el acceso al patrimonio cultural, y a la información, posibilita que la cultura y la innovación tengan

¹² ROJO, Facundo. Philosophical Foundations of the Fair Use Doctrine. En: Revista Isonomía. 2014. ISSN 1405-0218, p.73.

¹³ SAMUELSON, Pamela. Challenges in Mapping the Public Domain, p.22.

continuidad, y también impulsa la creación de nuevo conocimiento científico y artístico.

c) Creative commons

Las licencias Creative Commons nace como un gran punto de equilibrio, permite a los titulares mantener sus derechos autorales y a su vez, que otras personas puedan copiar, distribuir, editar, mezclar y hacer buenos usos de su obra con fines no comerciales¹⁴.

Hay muchos autores que les interesa que su creación sea difundida para así participar en la creación del conocimiento o avanzar en determinada técnica, esta licencia le permite informar que uso pueden hacer los usuarios y contribuir con el desarrollo de las ciencias y de las artes.

5. Tensión entre los derechos de los titulares y de los usuarios. caso musical

Las plataformas web 2.0 como YouTube han permitido una difusión masiva de la información, con alto un alcance global que facilita a los creadores de contenido y a los músicos ser conocidos y apreciados, sin embargo, posee muchas restricciones, y para un artista emergente, estas pueden generar en un obstáculo para su crecimiento.

Es el caso de Francisco Palencia, un violinista profesional, que realiza 'Covers' instrumentales con obras preexistentes, y recibe amonestaciones por parte de la plataforma, que argumenta infracciones y retira contenidos por considerar un uso

¹⁴ Creative Commons. *About The Licenses - Creative Commons [Anónimo]. When we share, everyone wins.* [Consultado el 15, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

no autorizado. ¿Hasta qué punto esto es un freno para el desarrollo de las artes útiles? ¿Puede un artista monetizar su canal en YouTube si tiene reclamos o faltas por parte de la plataforma?

El programa de socios de YouTube puede rechazar fácilmente a un creador por usar contenidos ajenos, y tiene una política estricta de monetización, que busca solo un contenido original y desaprueba lo que para ellos es 'contenido reutilizado', consideran que es importante incentivar contenido único, y premiar con remuneración sólo aquellos que trabajan por un contenido 'original'.

Pero realmente, un uso transformativo, ¿no es digno de apreciación? ¿De retribución para el instrumentista? ¿No utiliza sus capacidades, sentidos y conocimiento para tocar la melodía? ¿Su esfuerzo, la logística en la grabación, y especialmente su ánimo no podría clasificarse como un uso justo?

Un artista instrumental, puede basar su crecimiento musical, en la teoría utilitarista de la propiedad intelectual para justificar un uso no autorizado de obras intelectuales, siempre y cuando promuevan las ciencias y las artes útiles, ya que esta teoría respalda el uso de este, en la medida en que se maximice la utilidad.

En este caso, Francisco Palencia, al realizar 'Covers' de canciones, con su violín, tampoco está afectando la posición en el mercado de los creadores originales, porque transforma en gran medida la obra original, al crear una melodía instrumental, y esto permitiría su crecimiento artístico, y promovería sustancialmente su carrera.

Actualmente, con la utilización de plataformas Web 2.0, como YouTube, Francisco no puede monetizar su contenido, ya que recibe constantemente amonestaciones por parte de la plataforma, y es considerado como una infracción al derecho de autor. Esto impide de manera exorbitante las ciencias y las artes útiles, el progreso

y el crecimiento del violinista, al privarlo de la remuneración económica de su ingenio, esfuerzo y dedicación a lo largo de los años, produciendo melodías instrumentales, en contravía de uno de los principios fundamentales del derecho de autor.

Teniendo en cuenta la teoría utilitarista de la propiedad intelectual y contrastando el caso analizado, se concluye que una ley de libertad intelectual promovería la innovación y el desarrollo, de la misma manera que impulsaría y daría incentivos al artista emergente para que evolucione en su carrera musical, al permitir monetizar su contenido en una red tan importante como es YouTube, con 'Covers' de otros autores, le permite crecer en el ámbito artístico y darse a conocer.

En el entendido que utiliza su instrumento musical, su intelecto, y su conocimiento como músico para realizar la transformación instrumental de la canción, y aunque no exista autorización expresa del autor, por la imposibilidad que un artista emergente tiene de contactar con los autores, puede expresar su música y su arte por este medio, sin incurrir en una infracción a la propiedad intelectual, como argumenta el sitio web, ya que uno de los propósitos de la propiedad intelectual, y el copyright según la teoría utilitarista, consiste en incrementar la ciencias y las artes, fin que en este caso se ve evidenciado, es para el progreso de ellas.

6. Recomendación de reglamentación: ley de libertad intelectual para Colombia.

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor, no son suficientes para abordar la problemática entre los titulares y los usuarios de los derechos de autor en Colombia, por lo que se propone una reglamentación del artículo 20 de La Constitución Política, que garantiza la posibilidad de expresar el pensamiento, difundirlo informar y recibir información veraz e imparcial, y en general, establece el derecho a la libertad intelectual, para que esta tensión se comience a desarrollar

por la vía de ponderación de derechos y cada vez menos, por medio de excepciones y limitaciones.

Conscientes de la profundidad de la libertad intelectual y de la necesidad que tiene el individuo de ella, para informar y dirigir sus acciones, fundamentar sus decisiones y proyectos de vida, para crecer en la experimentación, la ciencia, la academia y el arte, el autor considera imperante ahondar sobre la estructuración de este derecho en Colombia, por medio de prerrogativas que alienten el proceso creativo e intelectual, y centrando la atención en uno de los fines más importantes del Copyright.

Conclusión

El uso transformativo de obras intelectuales ajenas o preexistentes es una de las bases de la generación de nuevo conocimiento, el avance de técnicas científicas y el desarrollo de las artes. En Colombia, este uso sólo es permitido bajo la figura de excepciones y limitaciones al derecho de autor, pero internacionalmente la doctrina del Fair Use abre un campo más amplio para esta utilización. Es necesario una estructuración del derecho a la libertad intelectual, consagrado en el artículo 20 constitucional, que se adapte a los cambios actuales y permita la implementación de usos justos de manera más flexible y robusta.

Bibliografía

ARÁNGUEZ, Tasia. *¿Qué es el método hermenéutico? La galería de los perplejos* [página web]. [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://arjai.es/2016/08/24/que-es-el-metodo-hermeneutico/>

Breakey, H. (2016). *Intellectual Liberty: Natural Rights and Intellectual Property (Law, Ethics and Governance)*. Routledge.

Constitución Política de Colombia. (1991), Artículo 20.

Creative Commons. *About The Licenses - Creative Commons [Anónimo]. When we share, everyone wins*. [Consultado el 15, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

DOCK, Marie-Claude. «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire». [s.l.]: [s.n.], 1974.

MARTÍN, Fernando. *Método de investigación jurídica, ¿cuál elegir?* Legaltech [página web]. [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://blog.lemontech.com/metodo-de-investigacion-juridica/#:~:text=Los%20dogm%C3%A1ticos%20consideran%20que%20el,de%20este%20modo,%20poder%20mejorarlo.>

MOORE, Adam y HIMMA, Kenneth Einar. Intellectual Property (Stanford Encyclopedia of Philosophy). Stanford Encyclopedia of Philosophy [página web]. Disponible en Internet: <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>

ROJO, Facundo. Philosophical Foundations of the Fair Use Doctrine. En: Revista Isonomía. 2014. ISSN 1405-0218

SAMUELSON, Pamela. Challenges in Mapping the Public Domain.

VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de derecho de autor. Colombia: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Unidad Administrativa especial. Ministerio de interior y de justicia, 1905. 105 p.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, WIPO. Reseña del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). [Consultado el 1, julio, 2023]. Disponible en Internet: https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html