



**FAIR USE COMO MODELO DE FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO DE AUTOR**

**Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Autor(a):

CAROLINA IBAÑEZ KOLLMANN

Profesor guía:

DANIEL ALVAREZ VALENZUELA

Santiago, Chile.

2013

Agradecimientos

A Daniel Álvarez, por su vital orientación, paciencia y buen sentido del humor.

A mi familia, y a Jorge.

“Nada es original. Roba de cualquier lugar que resuene con la inspiración o llene tu imaginación. Devora películas viejas, películas nuevas, música, libros, pinturas, fotografías, poemas, sueños, conversaciones, arquitectura, puentes, señales en las calles, árboles, nubes, cuerpos de agua, luces y sombras. Selecciona solo cosas para robar que le hablen directamente a tu alma. Si lo haces, esto, tu trabajo (y robo), será auténtico.

La autenticidad es invaluable. Originalmente no-existente. Y no te molestes por esconder tu robo- celébralo si así lo quieres. De cualquier forma, siempre recuerda lo que dijo Jean-Luc Godard: “No importa de donde tomes las cosas- importa a dónde las lleves.” Jim Jarmusch.

Resumen

La presente investigación tiene por objeto el estudio del modelo norteamericano del *fair use*, con miras a obtener desde su análisis nuevas perspectivas a tener en consideración en la aplicación, discusión y eventuales reformas de la actual legislación de propiedad intelectual hacia la flexibilización del derecho de autor. La reciente reforma de nuestra ley abre posibilidades aún inexploradas para la consecución de un equilibrio suficiente entre los intereses de los titulares de derechos de autor y el interés de la sociedad en su conjunto, tema que hoy adquiere especial relevancia en el marco de las negociaciones internacionales que buscan el reforzamiento de la protección de los sistemas de propiedad intelectual a escala mundial. Incorporar al debate nacional los principios y objetivos del *fair use* es en este sentido una oportunidad para ampliar las posibilidades de un régimen de propiedad intelectual preparado para este contexto.

En base a la experiencia norteamericana del *fair use*, desde sus orígenes, abordaremos el tema de la necesidad de establecer límites suficientes al derecho de autor, para el incentivo del desarrollo del conocimiento y el acceso a la cultura, tópicos especialmente sensibles para países en vías de desarrollo. La investigación busca demostrar desde el ejemplo del modelo norteamericano que este equilibrio entre los diversos intereses conjugados en el derecho de autor es posible en la medida de que exista un mecanismo robusto que opere a modo de «balanza»; donde cada uno de los elementos involucrados pueda ser analizado y sopesado en base a criterios flexibles que logren profundizar los alcances comprometidos, caso a caso.

Esta investigación revisa también la actual presencia del modelo del *fair use* norteamericano en el debate de la Unión Europea y en el contexto de la reforma de Israel, casos que demuestran los diversos beneficios que se han tomado de sus principios, como método de adecuación de regímenes de propiedad intelectual problemáticos por sus brechas con el nuevo contexto tecnológico.

Finalmente, la investigación analiza el contexto nacional, desde los tratados internacionales relacionados y sus alcances en nuestra normativa, para luego revisar las principales reformas incorporadas el año 2010, principalmente la introducción del artículo 71 Q, norma reconocida como un germen de uso justo, la que se planteará como punto de partida para la incorporación del modelo del *fair use* norteamericano en nuestro derecho de autor.

	Página
INTRODUCCION	1
Prefacio	4
CAPÍTULO I	
HISTORIA DEL <i>FAIR USE</i>	7
1.- Orígenes del <i>Fair Use</i>	8
1.1. Introducción	8
1.2. La importancia de la sentencia de <i>Folsom v. Marsh</i>	10
1.3. La concepción restrictiva de la era premoderna del <i>copyright</i>	13
1.4. La concepción amplia de la era premoderna del <i>copyright</i>	17
1.5. Criterios de análisis del <i>Fair Use</i> en la era premoderna	20
2.- Conclusiones	27
CAPÍTULO II	
INFRAESTRUCTURA DEL <i>FAIR USE</i>	29
1.- Legislación del <i>fair use</i>	29
2.- Los cuatro factores del <i>fair use</i>	31
2.1. Propósito y carácter del uso	31
2.2. Naturaleza de la obra protegida	38
2.3. Cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo	41
2.4. Efecto del uso en el mercado de la obra original	43
3.- <i>Fair Use</i> y la Teoría de la Falla de Mercado (<i>market failure</i>)	47
3.1. Introducción	47
3.2. La falla de mercado en el <i>fair use</i>	47
3.3. El test de tres pasos para la determinación del <i>fair use</i>	49
3.4. Alcances de la teoría de GORDON	57
4.- La teoría de la Destrucción Creativa	61

CAPÍTULO III

LOS PROBLEMAS ACTUALES DEL <i>FAIR USE</i>	66
1.- Incertidumbre jurídica	66
2.- La revuelta tecnológica: la irrupción de la <i>Digital Millenium Coyright Act</i>	73
2.1. DMCA y su impacto	73
2.2. Medidas Tecnológicas de Protección	78
2.3. La DMCA y el Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Chile	84
3.- La cultura autorizada	88

CAPÍTULO IV

<i>FAIR USE</i> COMO REFERENTE DE FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	91
1.- ¿Por qué el <i>fair use</i> ?	92
2.- La experiencia de U.K. El <i>fair dealing</i> y la Unión Europea	93
3.- El <i>fair use</i> de Israel	98

CAPÍTULO V

<i>FAIR USE</i> PARA LA LEGISLACIÓN NACIONAL	102
1.- Contexto nacional	102
2.- Rastreado la morfología del artículo 71 Q	105
3.- Propuesta para una norma de uso justo nacional	110

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES	113
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	118
--------------	-----

Introducción

Actualmente vivimos inmersos en la llamada «Sociedad de la Información», en donde la innovación tecnológica ha transformado aceleradamente la forma en que nos comunicamos, cómo realizamos transacciones, nuestra forma de relacionarnos con las autoridades, y así también la forma en que accedemos a los más diversos contenidos, entre los cuales se encuentran una gran cantidad de obras protegidas por el Derecho de Autor.

Esta revolución tecnológica ha provocado la aparición de nuevas formas de creación artística, nuevos métodos que han facilitado la generación de obras intelectuales, conocimiento y cultura.

Sin embargo, este acelerado proceso de transformación no ha ido de la mano con los cambios normativos.

La tendencia en materia de derechos de autor, tanto a nivel nacional como comparado, ha sido reforzar su blindaje, sancionando cada vez con mayor dureza las infracciones a su normativa, generando una brecha entre el avance de los cambios tecnológicos y los regímenes normativos que los regulan, asimetría que tiene como resultado respuestas ineficientes u obstructivas para el beneficio de la sociedad.

Recientemente, ante este escenario, la tendencia de diversas legislaciones del mundo, incluida la nuestra, ha sido la de replicar la política de reforzamiento de los estándares de protección de los derechos de autor, aumentando los plazos de protección y endureciendo las sanciones de los usos no autorizados. Como consecuencia de estas políticas se ha producido una sostenida disminución de los alcances de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, principalmente a causa de los nuevos sistemas tecnológicos de control de contenidos, generándose un importante desequilibrio en su regulación.

Este contexto ha abierto la discusión, durante los últimos años, acerca de la necesidad de refortalecer el equilibrio normativo, entre los intereses de titulares de derechos de

autor y el interés de la sociedad, preocupación que toca especialmente a los países en vías de desarrollo. En nuestro país esta inquietud ha tenido eco, y así lo demuestra la última reforma a la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, que logró ampliar considerablemente el catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Entre estas excepciones, el artículo 71 Q de dicha ley, la llamada norma del «germen de uso justo», nos acerca a una interesante dimensión de flexibilización del derecho de autor nacional, con miras al modelo norteamericano del *fair use*. Desde esta norma es posible esbozar un mecanismo idóneo para enfrentar este nuevo contexto tecnológico, que exige con urgencia que la normativa dé el salto que garantice un adecuado equilibrio entre los intereses involucrados, en aras de afianzar en nuestro país las posibilidades de potenciar el desarrollo científico, tecnológico, cultural y económico.

El modelo norteamericano del *fair use*, con su configuración flexible y como válvula de equilibrio normativo para el *copyright*, ha demostrado estar a la altura de los desafíos involucrados a este avance tecnológico, permitiendo que el sistema normativo del *copyright* tenga mayor capacidad de adaptación y con ello, que el flujo económico y cultural asociado a estos nuevos contextos tecnológicos se transformen en un beneficio para toda la sociedad. El *fair use* también ha podido garantizar la debida protección de los intereses de titulares de *copyrights*, ponderando de forma equilibrada las posibles perturbaciones a sus derechos bajo el análisis de sus cuatro factores de evaluación, por la vía casuística. Como se analizará detalladamente en el presente trabajo.

Esta investigación estudiará a fondo el modelo del *fair use* norteamericano, revisando sus orígenes, infraestructura, jurisprudencia y contexto actual, a nivel nacional en Estados Unidos y desde el derecho comparado, con miras a situarlo como el referente más idóneo para la necesaria flexibilización de nuestro derecho de autor.

Prefacio

La creatividad, por definición, surge de una reserva de conocimientos, destrezas y talentos, fruto de la actividad colectiva.¹ Los testimonios históricos en ese sentido abundan. La Eneida de Virgilio es una magnífica imitación de la Odisea de Homero, creada para darle a la civilización romana un mito fundador; varias de las obras más destacadas de Shakespeare no fueron ideas originales suyas, sino historias tradicionales transmitidas oralmente y que él adaptó con maestría. Duke Ellington en el debut de su obra *Black, Brown and Beige* en el Carnegie Hall, introdujo fragmentos de composiciones musicales afro e hindú creando una inédita fusión de jazz & blues que revolucionó el sonido del jazz.

Lo cierto es que la actividad creativa siempre introducirá ecos de la cultura y del conocimiento que nos rodean en nuestro tiempo y del que nos precede. Como afirma SMIERS:

No nos cansaremos de insistir en que no existe ningún poema sin otro que lo preceda; ninguna composición musical sin un músico anterior; ninguna película sin unas imágenes cinematográficas previas; ninguna obra pictórica sin la inspiración en pintores anteriores; ni tampoco ninguna danza sin los movimientos de muchos bailarines de la historia o la cultura anteriores.(...) La realidad es que muchos creadores e intérpretes de la obra de arte derivan su inspiración y su habilidad artísticas de lo que descubran en las culturas que los rodean, incluidas las distintas de las suyas.²

En la cultura norteamericana bien se sabe de este principio. Su derecho consuetudinario fue testigo cercano y receptor del fluido progreso del conocimiento y sus influyentes alcances. Así podemos entender la consagración constitucional de la llamada cláusula de propiedad intelectual en el Art. 1º de la Carta Fundamental de E.E.U.U., sección 8, que sostiene:

¹ SMIERS, Joost., VAN SCHIJNDEL, Marieke. *Imagine No Copyright*. Editorial Gedisa, Barcelona 2008. p. 74

² *Ibid.* p. 132.

El Congreso tendrá el poder...*para promover el progreso de la Ciencia y las Artes*, asegurando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos e invenciones.³

La doctrina norteamericana ha tratado este reconocimiento constitucional como principio transversal en todo el régimen de propiedad intelectual⁴ y en particular, como uno de los principios rectores en los fundamentos del *fair use*. En este sentido, puede decirse que el sistema legal que sostiene a la cultura norteamericana es fiel manifestación de una actividad creadora y propulsora del conocimiento, que se erigió desde sus inicios de forma abierta y compartida. Al respecto, Lawrence LESSIG señala:

Estos valores construyeron una tradición que, durante al menos los primeros 180 años de nuestra república, les garantizó a los creadores el derecho a construir libremente a partir de su pasado, y protegió a los creadores y los innovadores tanto del Estado como del control privado. La Primera Enmienda protegía a los creadores contra el control del estado. Y como el Profesor Neil Netanel argumenta convincentemente, la ley del copyright, con los contrapesos adecuados, protegía a los creadores contra el control privado. Nuestra tradición no era ni soviética ni la tradición de los mecenas de las artes. Por el contrario, excavó un amplio espacio dentro del cual los creadores podían cultivar y extender nuestra cultura.⁵

LESSIG se refiere en pasado a estos valores que hoy en día se encuentran en pleno enfrentamiento con las medidas tecnológicas y legales de protección para los derechos de autor:

(...) la respuesta de las leyes a Internet, cuando van ligadas de los cambios en la misma tecnología de Internet, han incrementado masivamente la regulación efectiva de la

³ United States Constitution. Disponible en [<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>]. Consulta: 23 de julio 2012.

⁴ Harvard Law School. (AA) Signal /Noise 2K5 Creative Revolution? p. 20-21. Disponible en [http://www.cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFinal.pdf]. Consulta: 11 diciembre 2011.

⁵ LESSIG, Lawrence. Cultura Libre. Cómo los grandes medios están usando las tecnologías y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad. 2005. Pág. 23. Disponible en [<http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf>] Consulta: 20 agosto 2012.

creatividad en los EE.UU. Para criticar o construir a partir de la cultura que nos rodea, antes uno tiene que pedir permiso como si fuera Oliver Twist. Este permiso, por supuesto, se concede a menudo--pero a menudo no se concede a los que son críticos o independientes. Hemos construido una especie de aristocracia cultural; aquellos dentro de la clase nobiliaria viven una vida cómoda; los que están fuera, no. Pero la aristocracia de cualquier tipo es algo ajeno a nuestra tradición.⁶

Lo evidente es que la revolución que ha supuesto la irrupción del Internet pone en cuestión todas las nociones políticas, económicas, jurídicas y fundamentalmente culturales, en torno a la propiedad intelectual. Su masificación ha significado redefinir la forma en que entendemos la producción y difusión del conocimiento y ha traído como consecuencia la democratización del acceso a éste. Habiendo más acceso al conocimiento, se amplían las perspectivas creativas y a su vez las plataformas de difusión permiten que todos seamos potenciales creadores; contamos cada vez con mejores herramientas para la creatividad y la innovación, gracias al avance tecnológico. Frente a este fenómeno, la naturaleza flexible del *fair use* y su fundamento original de incentivar la creatividad, permite esbozar una primera respuesta en un contexto en el que aún no somos capaces de dilucidar hasta dónde nos conducirán estas transformaciones, poniendo el énfasis en lograr un equilibrio entre los intereses del progreso tecnológico y económico y la preservación y estimulación del acervo cultural que a todos nos pertenece, entre los derechos de los titulares de derechos de autor y los derechos del público en general.

⁶ Ibid. p. 31.

Capítulo I.

Historia del *Fair Use*.

E.E.U.U. ha destacado históricamente por su intenso desarrollo del conocimiento, transformándose en una de las naciones más influyentes del mundo en los últimos dos siglos. Esto en gran medida fue posible gracias a las oportunidades de acceso al conocimiento que se conservaron abiertas en el seno de la sociedad, y a su vez, gracias a medidas de incentivo para la producción nacional, como fue el bloqueo a la protección de derechos de propiedad intelectual extranjeros a lo largo del siglo XIX⁷, en el entendido de que el progreso del país dependía de ello⁸. La estructura flexible del *fair use* responde a esa prerrogativa y la sostiene en el tiempo, aunque cada vez con mayores dificultades.

Lo claro es que de no contarse con este sistema, el sostenido progreso creativo, científico y tecnológico que ha logrado E.E.U.U. no hubiera sido el mismo, y sin lugar a dudas la economía de dicho país no habría tenido el crecimiento económico que ha tenido en las últimas décadas.⁹

⁷ Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Reino Unido. Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. 2ª Edición, noviembre 2002. p. 98. Disponible en línea [http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Spanish_RR.pdf]

⁸ SMIERS, Joost. Op.Cit. p. 86 y 87.

⁹ Fair Use in U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relyin on Fair Use. Computer and Communication Industry Association, 2010. En línea disponible [http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2010/04/fairuseeconomy.pdf] Consulta: 20 de enero 2012. Este análisis se desarrollará más adelante.

1. Orígenes del *Fair Use*

1.1. Introducción

Para sorpresa de muchos, los orígenes del *fair use* se remontan a las primeras décadas del siglo XVIII, en plena génesis de la primera legislación de propiedad intelectual: el Estatuto de Ana de Inglaterra, publicado en 1710.

Este período, denominado por el autor Matthew SAG como *la prehistoria del fair use*,¹⁰ cuestiona el entendido que sitúa el origen del *fair use* en el caso norteamericano de 1841, *Folsom v. Marsh*, sentencia que estableció las bases para el desarrollo del *fair use* en esa nación.¹¹

En el artículo de SAG, el análisis del período devela una gradual co-evolución del *copyright* y del *fair use*. Como se verá más adelante, desde los orígenes de los primeros estatutos del *copyright*, su protección estuvo limitada por los derechos de uso justo del público en general.

En este período se desarrollaron los principales criterios de análisis casuístico que posteriormente conformarían el *fair use* del modelo norteamericano moderno, lo que da cuenta del avanzado desarrollo alcanzado por las cortes británicas en este período. Efecto en el mercado, cantidad copiada y usos transformativos, entre otros criterios, dan cuenta de la continuidad evolutiva entre el *copyright* británico y los primeros años del *copyright* norteamericano.

¹⁰ SAG, Matthew. *The Prehistory of Fair Use*. Brooklyn Law Review, Vol. 76:4. 2011. Disponible en línea [<http://ssrn.com/abstract=1663366>]. Consulta: 9 junio 2012. Este capítulo se basa principalmente en la investigación realizada en este artículo.

¹¹ La prehistoria del *fair use* coincide con el *copyright premoderno*, como fue denominado por Sherman and Bently, en Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*. (1999). Estos autores hacen una distinción entre el *copyright* moderno y premoderno, poniendo como límite entre ambos períodos el año 1850. El artículo de SAG refiere el período pre-moderno entre los años 1710 y 1841. Como señala el mismo autor, la distinción resulta útil dada la fluidez con que se desarrollaron las categorías de la legislación de propiedad intelectual hasta mediados del siglo 19. Sólo después de mediados del siglo 18 se produjo la internacionalización del *copyright*, movimiento que culminó en la Convención de Berna.

La prehistoria del *fair use* está marcada por una serie de casos de *fair abridgment* (resúmenes justos) litigados en las cortes de Inglaterra entre 1710 y 1841. De un examen general de estos casos puede concluirse que:

1. El estatuto del *copyright* desde sus inicios fue más allá de los simples actos de reproducción mecánica de obras protegidas. Como veremos más adelante, a mediados del s. XVIII las cortes ya habían desarrollado avanzados criterios de análisis para establecer la legalidad o ilegalidad de los resúmenes o compendios de obras protegidas, como la distinción entre resúmenes justos o de buena fe y los injustos o de mala fe, distinción que de por sí expande los alcances del *copyright* de entonces; y,
2. Existe una continuidad sustancial entre el *fair abridgment* de la era pre-moderna de Inglaterra y el actual *fair use* de Estados Unidos.¹²

Fue la jurisprudencia británica de la era premoderna la responsable de los primeros avances doctrinarios del *copyright*, bajo un análisis casuístico que ampliaría los márgenes de protección del *copyright* y profundizaría los criterios de justicia y buena fe para el examen de legalidad de los usos derivados de obras originales.¹³

Esta coevolución del *copyright* y el *fair use* demuestra a su vez que no existe fundamento histórico para erigir el concepto del *fair use* como una excepción ocasional y limitada del *copyright*; al contrario, abundan sentencias y doctrina que lo reconocen como su contraparte equivalente desde sus orígenes.¹⁴

¹² *Ibid.* p. 3

¹³ La expresión “usos derivados de obras originales” se refiere a los usos característicos de este período, que comprende resúmenes, extractos, traducciones y compilaciones.

¹⁴ *Ibid.* p. 4. En este sentido, la autora Pamela SAMUELSON se refiere al *fair use* como una parte integral y esencial del *copyright* norteamericano. En SAMUELSON, Pamela. *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* (2009). Capítulo VI. Disponible en [\[http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub17887.pdf\]](http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub17887.pdf) Consulta: 25 de julio 2012

1.2. La importancia de la sentencia de *Folsom v. Marsh*.

El caso litigado en 1841 involucró dos versiones biográficas de la vida de George Washington. La parte demandante, la editorial *Folsom, Wells & Thurston*, titulares de los derechos de la colección *The Writings of George Washington*, escrita por Jared Spark, acusó al reverendo Charles Upham de reproducir en su libro *The Life of Washington* numerosos extractos de los escritos del emblemático presidente publicados en la obra de Spark. Casi un tercio de la obra de Upham consistía en escritos inéditos de Washington, presuntamente extraídos de la compilación de Spark. La publicación del reverendo habría tenido fines educativos, siendo distribuida en librerías escolares locales. La defensa de Upham argumentó:

(...) una vez publicados los escritos y cartas del presidente, cualquier persona tiene el derecho de usar selectivamente esos materiales para preparar una obra nueva y original.¹⁵

Para el contexto legal de la época en Estados Unidos, este argumento era admisible. Sin embargo, la corte en este caso quebró la tendencia, cambiando las bases del *copyright* al ampliar sus alcances y fortalecer sus límites.¹⁶

El caso de 1841 cita dieciséis sentencias británicas y no registra ningún precedente norteamericano.¹⁷ Destaca entre las fuentes inglesas el caso *Gyles v. Wilcox*,¹⁸ reconocida tanto como el origen del *fair use* de Inglaterra, como a su vez, destacada por expandir los

¹⁵Ibid. p. 5. Este mismo argumento se repite en numerosos casos 100 años más antiguos que éste. Ver *Straham v. Newbery, 1774, Dodsley v. Kinnersley, 1761*, analizados en el mismo artículo, p. 6

¹⁶ Para Bracha, esta sentencia fue central en la transformación de las bases del *copyright* norteamericano: “en el pasado la infracción estaba limitada a la reproducción al pie de la letra y el resto de los usos eran considerados legítimos; en el nuevo contexto de *fair use*, todos los otros usos se tornaron presuntamente infractores a menos de ser probados como usos justos”. BRACHA, Oren., *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, 118 YALE L.J. 186 (2008). Citado en SAG, Matthew. p. 8.

¹⁷ SAG, Matthew. p. 9.

¹⁸ Ver BARNARDISTON, *Report of Gyles v. Wilcox* (London 1741), disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22uk_1741%22] Consulta: 3 de julio 2012.

alcances del *copyright*. Citando textualmente la sentencia de 1741, en *Folsom v. Marsh* se establece que:

(...) un resumen justo o de buena fe de una obra original no equivale a piratería de derechos de autor. (...) Una mera selección, o diferentes arreglos de partes de una obra original, con el fin de reducirla a una menor extensión, no constituyen un resumen justo o de buena fe.¹⁹

Por el contrario, agrega:

Tiene que haber una condensación real y sustancial de los materiales, y el trabajo intelectual y el juicio concedido al respecto; y no el mero uso fácil de las tijeras; o extractos de las partes esenciales, que constituyen el principal valor de la obra original.²⁰

Complementando este último argumento, la corte señala:

Una reseña que cita largamente la obra original para el propósito de una justa y razonable crítica, debe ser considerada justa. Por el contrario, una reseña que cita las partes más importantes de la obra, sin el propósito de crítica sino el de reemplazar el uso de la obra original, substituyéndola con el reportaje, debe ser condenada como piratería de competencia legal.²¹

Como puede observarse, *Folsom v. Marsh* logra un avance histórico para la jurisprudencia y doctrina norteamericana del *fair use* trasplantando la experiencia británica, redefiniendo el concepto de infracción del *copyright*²² y trazando una clara distinción entre los usos de simple reproducción y por tanto explícitamente infractoras del *copyright*, y los usos de

¹⁹ Extracto de *Folsom v. Marsh*, citado en SAG, Matthew., p. 6. Traducción libre.

²⁰ Ibid., p. 6

²¹ Ibid., p.6. Este argumento toma los mismos principios establecidos en *Roworth v. Wilkes*, 1807, y *Branwell v. Halcomb*, 1836, primeros casos donde la jurisprudencia británica plantea el factor de análisis *cantidad copiada* para la determinación de legalidad del *abridgment*.

²² Como señala PATTERSON, “En sus manos (corte de justicia) cualquier copia, duplicado o imitación se transformó en todo o en parte de la obra protegida. Esta redefinición de la infracción extendió el monopolio del *copyright* y fue la base de lo que sería el *fair use*.” Ver PATTERSON, L. Ray., *Folsom v. Marsh and Its Legacy*, 5 J. INTELL. PROP. L. p. 431, 433 (1998). Citado en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 8.

examen exhaustivo, donde se conjugarían elementos tales como la buena fe de la producción y el aporte propio del autor, determinantes para reconocer un uso como justo.

Ésta es una sentencia de naturaleza dicotómica, tal como lo fue su fuente más directa -*Gyles v. Wilcox*. Por una parte, reconoce por primera vez en los tribunales norteamericanos la existencia del *fair use* como parte integrante del *copyright* y por otra, amplía considerablemente los alcances de éste. Como veíamos más arriba, la defensa del reverendo Upham deja entrever un contexto en que la mayoría de los usos sobre obras protegidas son tolerados por las autoridades; un alcance del *copyright* restringido, orientado exclusivamente a la infracción de reproducciones íntegras o resúmenes al pie de la letra de obras originales. La inexperiencia en los tribunales norteamericanos parece ser la causa de este contexto²³, el que sería repentinamente transformado por esta sentencia, al redefinir el contenido de la infracción del *copyright*, fortaleciendo su protección.

Sin duda, la resolución en comento fue de gran influencia en la construcción doctrinaria del *copyright* y del *fair use* estadounidense, pero constituye un error sostener que constituye el punto de partida de la historia del *fair use*. Como SAG destaca, en el texto de la sentencia de *Folsom v. Marsh* la evidente influencia de la jurisprudencia británica en el análisis del caso testimonia que los orígenes del *fair use* preceden a esta sentencia en casi un siglo.

Como veremos a continuación, la noción de un *copyright* restringido de concepción mecánica (infracción por reproducción de obras completas) en la jurisprudencia británica precedente a *Folsom v. Marsh*, no se condice con el desarrollo doctrinario logrado en dicho período, que posteriormente habría sido continuado por la jurisprudencia y doctrina estadounidense; la etapa del *copyright* británico de estrechos alcances y de abierta tolerancia a los usos derivados de obras originales se remonta a los primeros días del Estatuto de Ana, a principios del siglo XVIII.²⁴

²³ SAG, Matthew. Op. Cit. p. 9. De hecho, sólo se registran 11 decisiones sobre copyright previas a este caso.

²⁴ Ibid. p. 8.

1.3. La concepción restrictiva de la era pre-moderna del copyright

El entendido más generalizado en torno al período pre-moderno del *copyright* sostiene que este era de estrechos alcances, basado en una noción estrictamente mecánica, que atendería a controlar las reproducciones íntegras de obras originales. En este sentido, algunos argumentan que el principal interés de la primera legislación del *copyright* fue proteger los monopolios de prestigiosas editoriales británicas.²⁵

Señala el Estatuto de Ana en su encabezado:

Una ley para estimular el aprendizaje, por la adquisición de derechos de copias de libros impresos a los autores o compradores de dichas copias, durante los tiempos en ésta mencionado.²⁶

El mandato de la ley:

(...) El autor de cualquier libro o libros ya impresos, que no haya transferido a otra persona la o las copias de tal libro o libros, acción o acciones del mismo, o librero o libreros, o el impresor o impresores, u otra persona o personas, que tenga o haya comprado o adquirido la copia o copias de cualquier libro o libros con el fin de imprimir o re-imprimirlos, tendrá el derecho y libertad exclusivos para imprimir dicho libro y libros por el plazo de 21 años, a partir del mencionado día 10 de abril de 1710 y no más; y que el autor de cualquier libro ya compuesto y no impreso y publicado, o que en adelante será compuesto, y su cesionario o cesionarios, tendrá la exclusiva libertad de imprimir y re-imprimir dicho libro o libros por el plazo de 14 años.²⁷

La sanción al infractor pretendía ser ejemplar. Señalaba la ley que quien imprimiera, re-imprimiera o publicara un libro sin el consentimiento de su autor o propietario, debía

²⁵ Ibid. p. 10.

²⁶ History of Copyright. Statute of Anne. 1a Parte. Disponible en [<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>] Consulta: 14 de junio 2012. Traducción libre.

²⁷ Ibid., 1ª parte.

entregar todas las copias y las hojas de todas y cada una de las copias al legítimo propietario y pagar un penique por cada hoja que se encontrara en su custodia.²⁸

Como puede observarse, el Estatuto de Ana atiende al conflicto más visible para el *copyright* de aquel entonces, la reimpresión de obras completas. Esta respuesta legal, con serias sanciones para su infracción, atiende a un contexto de masiva reproducción no autorizada de obras completas, que amenazaba en sus bases a la pujante empresa editorial de aquellos primeros años de la imprenta. Es la respuesta a un inesperado cambio de condiciones producto del avance tecnológico.²⁹

Sin embargo, nada dice el acta respecto a utilizaciones distintas a la mera re-impresión de la obra original completa. Quedan fuera de su regulación los resúmenes –*abridgments*–, traducciones, compilaciones u otros trabajos derivativos, sin ser claro si fue por omisión o por diseño. Para algunos, se explicaría por el interés de proteger exclusivamente el monopolio de librerías y editoriales de Londres; otros sostienen que estaría influenciada por una nueva práctica social entre autores, librerías y el público lector. Otros observan, desde una óptica estrictamente jurídica, que el Estatuto de Ana es una transición de regímenes, desde uno de licencias y regulación de marcas a otro de derechos de propiedad.³⁰

En conclusión, durante los primeros años del Estatuto de Ana, la cobertura del *copyright* se restringía exclusivamente a la reproducción completa de obras originales. Así lo demuestra el debate que se produjo hacia el año 1737³¹, llevado adelante por editoriales y autores que iniciaron un proceso de *lobby* en la Casa de los Comunes para la introducción de una nueva ley que cubriera las insuficiencias del Estatuto, con el fin de establecer «la ilegalidad de la impresión, publicación, importación o venta de cualquier resumen o traducción de una obra

²⁸ Ibid. 2a parte.

²⁹ Un análisis a fondo de la influencia de los cambios tecnológicos en el derecho de propiedad intelectual, en SANCHEZ, María Trinidad. *Derechos de autor, digitalización e internet*. 2004, y en LESSIG, Lawrence. Op. Cit.

³⁰ Para conocer este debate, ver: L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. p. 27-29 (1991); John Feather, *A History of British Publishing*. p. 75 (Routledge 1988); Ronan Deazley, *On the Origin of the Right to Copy: Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695-1775)* p. 46 (2004); bibliografía señalada en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 11.

³¹ Ibid. p. 11.

protegida, sin el consentimiento del autor o propietario de los derechos de la obra, durante los tres primeros años desde la publicación de ésta».³²

Este afán de monopolización de resúmenes y traducciones de obras originales da cuenta de lo ampliamente comunes que eran estas prácticas en dicho período, resguardadas por el silencio de la ley y la costumbre.

En uno de los más tempranos juicios sobre propiedad intelectual, *Burnett v. Chetwood* del año 1721, la corte reconoce las traducciones como nuevos trabajos independientes de la obra original, señalando que éstas trascendían el mero arte mecánico de la re-impresión, involucrando las habilidades, estilo y expresión propios del traductor.³³

Esta forma de entender los alcances del *copyright* se repite en diversos escritos y sentencias de aquellos años; el límite para la infracción daba un amplio margen de libertad para las obras derivadas de originales. El autor William Blackstone, en su libro *Commentaries on the Laws of England*, describe el *copyright* en términos de identidad: «las mismas concepciones, vestidas en las mismas palabras, deben ser necesariamente la misma composición»³⁴. Para el autor, la infracción del *copyright* requiere un nivel evidente de similitud en «identidad»³⁵. Estas nociones dan cuenta de un contexto abiertamente tolerante a la apropiación parcial y a los resúmenes de obras originales protegidas.

³² Esta ley fue denominada *An act for the encouragement of learning*, introducida a la Casa de los Comunes el 3 de marzo de 1737. Disponible en The Copyright History, [<http://www.copyrighthistory.org>]. Consulta: 3 de mayo 2012. Traducción libre.

³³ *Burnett v. Chetwood*, Burnet's Bill of Complaint and Chetwood's Answer, The National Archives (1721), Primary Sources on Copyright 1450-1900. Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranscription/%22uk_1721a_im_001_0001.jpg%22] Consulta: 10 Mayo 2012.

³⁴ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. p. 405-06 (1766). Cita extraída de SAG, Matthew. Op. Cit. p. 13.

³⁵ En este punto, coinciden con Blackstone los primeros y principales autores de tratados de propiedad intelectual: MAUGHAM, Robert. *Treatise on the Laws of Literary Property*. p. 89 (Longman, Rees, Orme, Brown, & Green, 1828); ESPINASSE, Isaac A *Treatise on the Law of Actions on Statutes, Remedial as well as Penal, in general*. (1824); GODSON, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions and of Copyright: With an Introductory Book on Monopolies*. p. 219-20 (1823). Agrega este último “copiar una parte de un trabajo, sea tomando unas pocas páginas al pie de la letra, donde los sentimientos no son nuevos, o sea por imitación de las principales ideas, y aún con algunas diferencias en otros aspectos, también es ilegal.” Citado en SAG, Matthew. p. 13. Traducción libre.

Otro entendido generalizado del período consideraba que la libertad de los autores para resumir obras preexistentes respondía a que toda obra original una vez publicada pasaba a ser una parte integrante de la esfera del uso público.³⁶ Estas prácticas cobraron importancia en el espacio público, y eran defendidas por su consecuente beneficio para la diseminación del conocimiento científico, técnico y cultural. Como señalara GODSON:

Pareciera que los libros para ciertos propósitos, más allá del mero acto de su lectura, pueden ser usados por el público (...). Pueden ser tomados como base de trabajo para otras labores literarias.³⁷

El autor, ensayista y comentarista Samuel Johnson, el más destacado defensor del derecho al *abridgment*, en su artículo *Considerations on the Case of Dr. Trapp's Sermons, Abridged by Mr. Cave*³⁸, plantea tres fundamentos principales para su defensa:

1. Justicia: resumir un libro no es violación del derecho del propietario ya que es condición original de su propiedad la eventualidad de ser objeto de resumen.
2. Los resúmenes que reducen obras de gran extensión son vitales para el desarrollo educacional, que facilitan la transmisión del conocimiento.
3. Las convenciones establecidas en la industria de la imprenta avalan la legalidad de esta práctica. El resumen es un acto en sí legal y justificable por una serie ininterrumpida de precedentes: todo tipo de resumen es publicado con la firma de su autor y el respaldo de una editorial, sin un rastro de clandestinidad.³⁹

En conclusión, para muchos los resúmenes eran considerados nuevas obras legítimas y legales, y dadas sus utilidades y méritos, merecedora de incentivo.

³⁶ Ibid. p. 14.

³⁷ GODSON, Richard. Op. Cit. p. 238.

³⁸ Dr. Samuel Johnson, *Considerations on the Case of Dr T[rapp]'s Sermons, Abridged by Mr. Cave, 1739*, p. 57 Gentleman's Magazine. (1787), reprinted in Arthur Murphy, *The works of Samuel Johnson*. 547 (1st ed. 1837). Citado en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 15. Llama la atención que Johnson participara en la revista que más polémica ocasionó en torno al uso de resúmenes y extractos sin autorización de obras publicadas.

³⁹ Ibid, p. 15. Traducción libre.

Como puede observarse, numerosas fuentes, partiendo por el propio Estatuto de Ana, y siguiendo con, las conclusiones de las primeras sentencias –como el caso *Burnet v. Chetwood*- y los escritos de Blackstone, Godson y Johnson, sugieren una noción restrictiva de los alcances del *copyright* bajo la primera legislación del Estatuto de Ana. Sin embargo, como a continuación se demostrará, una serie de antecedentes apuntan a una conclusión opuesta.

1.4. La concepción amplia de la era pre-moderna del *copyright*

En este mismo período, abundan fuentes que demuestran un álgido debate sobre la legalidad del *abridgment*. Incluso antes de ser publicado el Estatuto de Ana, en 1704 el comentarista Daniel Defoe señalaba: «el *abridgment* sin el consentimiento del autor equivale a una especie de robo que ahora está en plena práctica en Inglaterra»⁴⁰. Pero no fue hasta mediados del siglo XVIII que el debate cobró especial fuerza a raíz del pujante desarrollo de las editoriales, en particular desde las publicaciones de revistas mensuales, que introdujeron una nueva forma de publicación. En este contexto, la revista *Gentleman's Magazine*, dirigida por Edward Cave, destacó por las duras polémicas a propósito de sus frecuentes publicaciones de extractos y resúmenes de libros protegidos por *copyright*. En el año 1739, Cave es demandado por la editorial *Austen, Gilligan and Clark* por publicar en su revista extractos de 37 páginas de las 69 del libro original de Dr. Trapp, *The Nature, Folly, Sin and Danger of Being Righteous over-much*. Delas 37 sólo se reprodujeron 17 páginas en total. La defensa argumentó que la revista era libre de publicar cortos extractos, partes de libros, panfletos y otros escritos recientemente publicados, y que finalmente, esta práctica beneficiaba a los propietarios de dichas obras.⁴¹ Pese a que en los tribunales mantenían su adherencia al argumento de Johnson (quien fundamentaba la legalidad del *abridgment* por una serie ininterrumpida de precedentes) Lord Hardwicke -quien tuvo una activa participación en los primeros casos de propiedad intelectual-, sentenció a favor del demandante, indicando que una reproducción de 13 páginas de una obra de 69 era

⁴⁰ DEFOE, Daniel. *An Essay on the Regulation of the Press*. 1704. (Blackwell 1958) p. 25. Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1704%22]. Consulta: 17 Mayo 2012.

⁴¹ *Ibid.* p. 18. *Auster v. Cave*. 1739.

excesiva⁴². Esta decisión, una de las primeras sobre el *abridgment*, perdió notoriedad tras la resolución *pro-abridgment* que posteriormente el mismo Lord Hardwicke pronunciara en *Gyles v. Wilcox*, dos años más tarde.

En este caso, los demandantes acusaron a Wilcox de utilizar fragmentos textuales de la enciclopedia *The History of the Pleas of the Crown*, de Sir Matthew Hale, omitiendo algunos antecedentes, y agregando traducciones de algunas citas del texto, del latín y francés al inglés. La defensa de Wilcox señaló que este *abridgment* estaría fuera del alcance del Estatuto de Ana, y dado que el estatuto respondía a intereses monopólicos, sus alcances debían ser interpretados restrictivamente.⁴³ Hardwicke, rechazando este argumento, destacó que el principal objetivo del acta era el asegurar la protección de la propiedad de los libros para sus autores o titulares, en recompensa por su trabajo. Luego añade:

Quando los libros son en apariencia resumidos, indudablemente están dentro del alcance del Estatuto de Ana, y son una mera evasión del estatuto, y no pueden ser llamados un resumen.

Pero a continuación señala:

Esta posición no debe ser llevada hasta el punto de restringir a las personas de hacer un real y justo resumen, para resúmenes que con toda propiedad pueden ser reconocidos como un nuevo libro, (...) porque en él está puesta la invención, aprendizaje y juicio del autor, y en muchos casos son extremadamente útiles, aunque en otros puedan ser perjudiciales, por equivocar o cercenar el sentido de un autor.⁴⁴

⁴² Cuatro años más tarde, Cave obtuvo sentencia favorable tras ser demandado por otro caso de *abridgment* que apareció en su revista, en *Cogan v. Cave*, 1743.

⁴³ SAG, Matthew. Op. Cit. p. 20.

⁴⁴ Cita extraída de SAG, Matthew. Op. Cit. p. 20. Traducción libre. Para revisar el texto completo de BARNARDISTON, *Report of Gyles v. Wilcox*, ver información nota pie de página n° 6. Otros comentarios de la sentencia en *Commentary on: Gyles v. Wilcox* (Atkyn's Reports), United Kingdom (1741). Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1741%22] Consulta: 15 de mayo 2012

Como puede observarse, Hardwicke por una parte plantea los alcances del *copyright* del Estatuto de Ana en un sentido más amplio al usualmente aplicado, extendiendo su aplicación a los resúmenes considerados «en apariencia resumidos» (*unfair abridgments*), y por otra, otorga un abierto reconocimiento legal a los resúmenes considerados reales y justos, los *fair abridgments*.

Esta sentencia ha sido entendida como el origen del *fair use* de Inglaterra, pese a que su argumentación simultáneamente amplió los márgenes del alcance del Estatuto de Ana.

En el caso *Gyles v. Wilcox*, la obra de Wilcox fue declarada *fair abridgment*, fuera de los alcances del Estatuto de Ana. Sin embargo, el debate en torno a la legalidad del *abridgment* continuó tras esta sentencia. La discusión doctrinaria y jurisprudencial apuntó a delimitar las fronteras entre *fair or bona fide abridgment* y el injusto o de mala fe. Sobre esta discusión, señala Richard Godson:

Un hombre puede con justicia adoptar una parte del trabajo de otro; él puede hacer uso del trabajo de otros para la promoción de la ciencia y el beneficio del público, pero hecho esto, la pregunta será ¿fue tomada la materia con justicia desde esa óptica y sin lo que podría llamarse un *animus furandi* [intención de robar]?⁴⁵

Se introdujeron nuevos elementos de examen, tales como la cantidad de material sustraído de la obra original, y la importancia de los fragmentos extraídos, en atención a la intención o sentido original de la obra resumida. Sin embargo, los criterios base se ciñeron a lo resuelto por Hardwicke en *Gyles v. Wilcox*, distinguiendo el «resumen real y justo» del resumen «en apariencia resumido». El desarrollo de estos criterios amplió considerablemente los alcances aparentemente restringidos del Estatuto de Ana, dando lugar a una nutrida tradición del *copyright* en este período.

⁴⁵ GODSON, Richard. Op. Cit. p. 215-216. Traducción libre.

1.5. Criterios de análisis del *fair use* en la era premoderna.

El examen del *abridgment* de la era pre-moderna arroja una sorprendente continuidad con el *fair use* moderno. Al no llegar a ser abiertamente permitido ni prohibido, la discusión en torno a sus límites propició el desarrollo de numerosos criterios de análisis para la determinación de legalidad vía casuística, que luego serían continuados por la doctrina norteamericana, cien años más tarde.

Los principales criterios de análisis forjados en este período: análisis casuístico, cantidad copiada, efecto en el mercado, efecto substitutivo, usos transformativos (grado de labor y habilidad autoral), entre otros.

1.5.1. Análisis Casuístico

Como en la actualidad ocurre con la aplicación del *fair use*, la determinación de legalidad del *abridgment* por la vía casuística fue objeto de diversas críticas, por su consecuente incertidumbre. Pero había consenso en que las características de cada caso hacían imposible la aplicación de normas generales y estáticas para su resolución, por lo que el análisis caso a caso era y sigue siendo una necesidad para la determinación de la legalidad o buena fe de un *abridgment –o fair use-*.⁴⁶ Como MAUGHAM observa:

Es difícil definir los límites exactos a los que un compilador está confinado en sus extractos o citas del autor original, o de resúmenes o compilaciones previas. En cada caso particular debe ser indagada y considerada la concurrencia de circunstancias peculiares.⁴⁷

MAUGHAM no tardó en advertir que esta práctica daba origen a una serie de confusiones legales y doctrinarias, producto de la inconsistencia e incertidumbre del sistema. Pero se entendía que estos efectos no eran síntoma de una doctrina incipiente e inmadura. Había

⁴⁶ En este sentido, Pamela Samuelson argumenta que la actual legislación del *fair use* “es probablemente más coherente y más predecible de lo que muchos comentaristas han percibido, una vez que se reconoce que los casos de *fair use* tienden a caer en patrones comunes”. SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2541.

⁴⁷ MAUGHAM, Robert. *Treatise on the Laws of Literary Property*. 1828. Citado en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 24. Traducción libre.

conocimiento de que la dinámica de los conflictos en torno a la justicia de los usos de obras originales resistía toda norma de aplicación general.⁴⁸

La mayoría de los casos del período y las publicaciones revisadas por SAG sobre el tema, evidencian la importancia del análisis caso a caso para la determinación de legalidad o buena fe de cada *abridgment*.

1.5.2. Cantidad copiada (o importancia de la parte sustraída en relación a la obra protegida como un todo).

Como veremos más adelante, este criterio está estrechamente vinculado al tercer factor de análisis del artículo 107(3) del *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos⁴⁹, y tuvo un rol central en la discusión jurisprudencial del período pre-moderno. Numerosos casos fueron y siguen siendo debatidos en torno a este criterio.

En *Dodsley v. Kinnersley*,⁵⁰ caso relacionado a los resúmenes en revistas, la editorial de Dodsley contrató a Samuel Johnson para la primera edición de dos volúmenes del texto *Rasselas, The Prince of Abyssinnia: A Tale*, que luego Johnson reproduciría en su revista *Grand Magazine of Magazines*. El demandante reclamó que la copia de la publicación Johnson bordeaba los dos tercios de la obra original, afectando el mercado de ésta, generando una suerte de substitución. Basándose en las costumbres del período, la defensa argumentó que era usual publicar extractos de nuevos libros en revistas sin autorización de sus autores, y que incluso muchas veces eran los mismos autores los que solicitaban ser publicados en extractos, por el beneficio que reportaban para las ventas. Para el demandante, los extractos no sólo eran abusivos en su extensión, sino que también

⁴⁸ SAG, Matthew. Op. Cit. p. 24. El autor cita el caso *Dodsley v. Kinnersley*, de 1761, donde Sir Thomas Clarke señala “la materia objeto de esta demanda ha sido tan a menudo vista ante el tribunal en otras ocasiones que cuando un caso de este tipo es objeto de litigio, un poco más y es necesario ver si se adapta a las normas y principios antes establecidos”.

⁴⁹ 17 U.S.C. 107(3), The Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Circular 92, octubre 2009. Disponible en [<http://www.copyright.gov/title17/>] Consulta: 14 de enero 2012.

⁵⁰ SAG, Matthew. Op. Cit. p. 25.

desnaturalizaban los contenidos del texto original, generando una mala imagen sobre él. A la hora de la resolución, la publicación de la revista sólo alcanzaba a reproducir una décima parte del texto original, cantidad que en opinión de la corte era insuficiente para constituir una infracción al *copyright*.⁵¹

En *Roworth v. Wilkes*, de 1807, el resumen de la enciclopedia *The Art of Defense on Foot with the Broadsword*, fue acusado de copiar 75 páginas de las 118 de uno de los tomos de la enciclopedia. El análisis de Lord Ellenborough se redujo a determinar si la publicación del demandado substituía la obra original. Según Ellenborough, el factor determinante para que una obra sea substituta del original era «que este nuevo trabajo comunique el mismo conocimiento que el original».⁵² Finalmente, se resolvió que el resumen infringía el derecho del demandante, argumentándose que debían establecerse ciertos límites para este tipo de transcripciones, antes de permitir que se acabara con las enciclopedias modernas bajo la excusa de que por su naturaleza compilatoria podían ser resumidas con libertad.

Para GODSON, desde este criterio es posible presumir infracción frente a cantidades significativas de copia y que, ante casos de cantidades inferiores de copia, la intención del acusado debía ser examinada más exhaustivamente. Para el autor, la intención de robar se relaciona con el propósito de interferir en el mercado del autor original.⁵³

Como muestran estos casos, lo que se repite en la gran mayoría de los del período, el criterio «cantidad copiada» era uno de los puntos de partida del análisis, que luego iba incorporando necesariamente otros criterios que complementaban el examen, en atención a las circunstancias de cada caso. Criterios como el «efecto en el mercado de la obra original» y «efecto substitutivo» eran los más comúnmente asociados a este factor de análisis.

⁵¹ Aparentemente, entre la fecha de la presentación de la demanda y su resolución (mayo 1759-junio 1761) Johnson tuvo tiempo suficiente para editar su publicación y reducirla a la cantidad que la corte evaluaría como *fair abridgment*. SAG, Matthew. Op. Cit. p. 26.

⁵² Ibid. p. 28.

⁵³ Ibid. p. 30. GODSON, Richard. Op. Cit. p. 216-217

En conclusión, la cantidad de copia tolerada por la ley variaba de acuerdo al propósito del autor del resumen y al efecto que la nueva obra generaba en el mercado del propietario de la obra original. En este sentido, Lord Chancellor Cottenham señalaba en el caso *Bramwell v. Halcomb* (1836):

Cuando se trata de una cuestión de cantidad, esto puede ser muy vago. Un escritor puede tomar toda la parte fundamental del libro de otro, que puede constituir una pequeña proporción del libro en cantidad. No sólo debe atenderse al libro en cantidad sino también en valor.⁵⁴

1.5.3. Efecto en el mercado (*market effect*)

Sorprendentemente, en el debate de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el efecto substitutivo de los resúmenes era materia ampliamente conocido para la doctrina del período. En sus escritos de 1828, MAUGHAM comentaba:

De acuerdo a algunas autoridades, (los extractos de buena fe) no deben ser tan extensos como para perjudicar la venta del trabajo original, aún cuando se haya hecho sin intención de invadir al autor previo (...).⁵⁵

Para GODSON, el *abridgment* es injusto cuando «inhibe al autor de su justa retribución de mercado, al dar su trabajo al público en un formato más económico».⁵⁶

En otras palabras, el efecto substitutivo se produce con la entrada de una obra derivada al mismo mercado de su original.⁵⁷ Para esta concepción doctrinaria, la depreciación del valor de la obra está referida exclusivamente al daño en las ventas de la obra original. Sin

⁵⁴ Cita extraída de SAG, Matthew. Op. Cit. p. 30. Traducción libre.

⁵⁵ MAUGHAM, Robert. *Treatise on the Laws of Literary Property*. 1828. Citado en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 31.

⁵⁶ GODSON, Richard. Op. Cit. p. 217.

⁵⁷ Como indicó el magistrado Posner en el juicio *Ty, Inc. V. Publications Internacional*, “la diferencia entre un uso justo y la infracción puede ser usualmente reducido a la diferencia entre un uso complementario y un uso substitutivo”. (7th Cir. 2002, 292 F.3d 512). Citado en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 30. Traducción libre.

embargo, catalogar un resumen como injusto exclusivamente en base a este criterio no fue frecuente. Como el mismo MAUGHAM señalaba:

(...) se sostiene que un resumen de buena fe de cualquier libro, es considerado un nuevo trabajo; y aunque pueda dañar la venta del original, aún así no es condenado como piratería o violación del *copyright*.⁵⁸

MAUGHAM, refiriéndose a lo resuelto por Hardwicke en *Gyles v. Wilcox*, quien establece que un *abridgment* de buena fe es el que «involucra la invención, aprendizaje y juicio del autor»⁵⁹ en él, apunta a distinguir este elemento como el punto de partida para determinar la justicia o buena fe de un resumen. En el caso *Roworth v. Wilkes*⁶⁰ se encuentra la aplicación de estos criterios. Como MAUGHAM observa, la corte declara el *abridgment* injusto por el riesgo a que el resumen desplace la obra original, dado que la publicación del demandado, en palabras del Lord Ellenborough, era «en sustancia una copia, que serviría como sustituto para el original», observando que la extensión del extracto era de tal importancia que transmitía el mismo conocimiento de la obra original.

Como puede apreciarse, el análisis en este caso funde ambos criterios para la determinación de la legalidad del *abridgment*: por una parte, el resumen en cuestión es declarado una copia en sustancia antes que un trabajo donde el autor haya puesto de su propia inventiva; al ser una copia, además en extenso, generaría un efecto substitutivo en el mercado del original, perjudicando las ventas de éste.

Estas distinciones para los diferentes tipos de efectos en el mercado, tiene visibles semejanzas con los criterios empleados en el debate contemporáneo del *fair use*. Un ejemplo de ello, el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 1994, en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos explicó:

⁵⁸ Ibid. p. 32. Traducción libre.

⁵⁹ Ver más de la discusión este caso p. 11 y ss.

⁶⁰ Ver pág. 15

Cuando una parodia es letal (...) y mata la demanda del original, no produce un daño sancionado por el Acta de Copyright. Debido a que la parodia puede legítimamente asestar en estrangular el original, destruyéndolo comercial o artísticamente, el rol de las cortes es distinguir entre el criticismo mordaz que suprime la demanda y la infracción del *copyright* que la usurpa.⁶¹

Si bien puede reconocerse una continuidad significativa de este criterio entre el desarrollo doctrinario de la era premoderna y el contemporáneo, ésta se ve interrumpida por una brecha conceptual significativa.

La noción premoderna plantea estos criterios desde una concepción amplia de un derecho sobre obras derivadas que no le pertenece exclusivamente al autor. En cambio, la actual legislación del *copyright* sitúa dentro del derecho exclusivo del autor el derecho de preparar trabajos derivados de su propia obra.⁶² La obra derivada, en la definición legal moderna, comprende resúmenes y traducciones, que no serán catalogados como derivativos a menos que copien sustancialmente la obra previa. En cambio, en el contexto pre-moderno, el carácter derivativo del resumen o traducción no era trascendente para definir su legalidad: la obra derivada rara vez era producida por el autor del original, y si algún beneficio se reconocía para éste en atención a su *copyright*, éste era indirecto, a modo de publicidad, como lo demuestra el caso *Dodsley v. Kinnersley* (1761), donde la corte desechó el argumento del demandante, quien reclamaba perjuicio en la reputación de la obra original a causa del resumen, aceptando el argumento del demandado, en el sentido de que la publicación de resúmenes de libros en revistas reportaba un beneficio para el titular del *copyright*, como una forma de publicidad gratuita.⁶³

Se perdía de vista el hecho de que el resumen sin licencia de una obra original arrebatava a su autor el derecho de producir su propia obra derivativa. No existen registros de casos que hayan prohibido una obra derivativa (resumen) en base a la competencia de éstos con la propia obra derivada del autor original.

⁶¹ Cita del caso extraída de SAG, Matthew. Op. Cit. p. 34 (pie de página). Traducción libre.

⁶² 17 U.S.C. 106(2)

⁶³ SAG, Matthew., Op. Cit. p. 35

1.5.4. Uso transformativo

La noción moderna del uso transformativo, como un uso que incorpora un trabajo existente en un modo que le agrega algo nuevo, muestra una estrecha relación con la noción pre-moderna que MAUGHAM sintetiza como la aplicación de habilidades o labores que determina el carácter de buena fe de un resumen o compilación.

Esta equivalencia entre ambas nociones se expone con claridad en los escritos de MAUGHAM, cuando sostiene:

Cuando la labor, juicio, y conocimientos han sido aplicados en la adaptación de trabajos existentes en un nuevo método, y la composición ha sido hecha evidentemente con la intención justa y honesta de producir una obra nueva y mejorada, parece ser que la ley justificará la publicación, pese a que el resumen o compilación perjudique la venta de las obras anteriores.⁶⁴

Este criterio es transversal en la mayoría de los principales casos sobre derechos de autor de la era pre-moderna de Inglaterra.⁶⁵ Como anteriormente veíamos, en *Gyles v. Wilcox*, Hardwicke explica que un resumen real y justo puede ser llamado con toda propiedad un nuevo libro, por la invención, aprendizajes y juicio del autor depositados en él. En *Strahan v. Newbery*, el resumen es reconocido como un acto de entendimiento:

El resumen que emplea entendimiento, no es un acto de plagio sobre la obra original, ni se contrapone a ninguna propiedad del autor en ella; es más bien una obra admisible y meritoria.⁶⁶

⁶⁴ Cita extraída de SAG, Matthew. p. 37. Traducción libre.

⁶⁵ *Strahan v. Newbery*, 1775; *Wilkins v. Aikin*, 1810; *Burnett v. Chetwood*, 1721, son algunos de ellos. Al respecto, Godson argumentaba que “un resumen real y justo no debe ser un resumen en apariencia que omite algunas partes y transponga otras y que debe haber, a lo menos, invención, conocimientos y juicio depositados por el autor del resumen.” Traducción libre.

⁶⁶ Lord Chancellor Apsley en *Strahan v. Newbery*, 1175. Citado en SAG, Matthew, Op. Cit. p. 38. Traducción libre. En *Wilkins v. Aikin*, 1810, se encuentra el mismo argumento: “de todas maneras este es un uso legítimo de la publicación del demandante, en el justo ejercicio de una operación mental, que amerita el carácter de una obra original.”

La importancia del aporte autoral del autor del resumen destaca en el caso *Burnett v. Chetwood*. La defensa en este caso argumentó:

El traductor puede decirse que es autor, toda vez que es requisito cierta habilidad en el lenguaje, y no es simple arte mecánico, como en el caso de la reimpresión en el mismo idioma; el traductor invierte su propio estilo y expresiones, y por lo tanto, debiera ser parte del incentivo del acta y no de la prohibición.⁶⁷

La sentencia de este caso adhiere a la defensa, declarando que la traducción constituía una nueva obra, que no caería dentro de la esfera prohibitiva del Estatuto de Ana.

El criterio del aporte autoral (uso transformativo), fue fundamental en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la primera era del *copyright*, y su aplicación cimentó las bases del *fair use* moderno.

2. Conclusiones

La historia del *fair use* tiene su origen en los primeros años del Estatuto de Ana de 1710, en Inglaterra. Fue la jurisprudencia y doctrina inglesa la que introdujo por primera vez las nociones que definirían sus alcances y aplicaciones, de la mano del progresivo proceso de ampliación del *copyright*.

El estudio del período pre-moderno del *copyright* arroja importantes luces sobre la gestación del *fair use*. De los antecedentes del período, es posible concluir que la figura del *fair abridgment* tuvo una influencia trascendental en la evolución de la interpretación y reforma del Estatuto de Ana, forjando una legislación que integró el resumen justo – o uso justo- como institución equivalente en importancia al *copyright*.

La constante discusión en torno a la legalidad del *abridgment* produjo una contundente doctrina que profundizó los distintos aspectos vinculados al *copyright* y sus limitaciones,

⁶⁷ *Burnett v. Chetwood*, 1721, en SAG, Matthew. Op. Cit. p. 39. Traducción libre.

arrojando los primeros criterios de análisis para el examen de legalidad sobre usos derivados de obras originales, que luego serían incorporados en las bases del *fair use* moderno.

Estos antecedentes desmienten el entendido de que la era denominada por SAG como la prehistoria del *fair use* fue de un desarrollo limitado en los alcances del *copyright* y por este motivo, de un amplio margen de libertad para usos derivados de obras originales. Como SAG demuestra, el nivel de discusión ya en los primeros años del Estatuto de Ana era álgido. Desde sus inicios, el Estatuto abrió debate en torno a las virtudes y desventajas de los usos derivados de obras originales, entre sus beneficios en la promoción del conocimiento y la merma que ocasionaban a los derechos de los titulares de obras originales. Finalmente, el debate fue forjando un balance natural entre ambos intereses, gracias a los avanzados criterios de examen de legalidad aunados por la experiencia jurisprudencial del período.

Esta gradual coevolución del *copyright* y el *fair use* pre-moderno de Inglaterra introduce un novedoso elemento interpretativo al momento de analizar el *fair use* del contexto actual: en sus orígenes, el *fair use* se forjó como parte integrante del *copyright* y no como una excepción de éste; la primera legislación sobre derechos de autor fue concebida desde el equilibrio entre los intereses del autor y los del público en general.

Capítulo II.

Infraestructura del *Fair Use*

El *fair use* ha sido definido como un privilegio que corresponde a sujetos distintos del titular del *copyright* para usar el material protegido de una manera razonable, sin el consentimiento del derechohabiente.⁶⁸ Como veíamos en el capítulo anterior, el *fair use* norteamericano se desarrolló en sus inicios en los tribunales de justicia, tomando como fuente directa la experiencia británica, para luego ser codificado en la *Copyright Act* de 1976.⁶⁹

1. Legislación del *Fair Use*

La *Copyright Act de 1976*, 17 U.S.C. § 107, señala:⁷⁰

No obstante lo dispuesto en las secciones 17 U.S.C. § 106 y 17 U.S.C. § 106A, el uso justo de un trabajo protegido, incluyendo en dicho uso la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para propósitos como los de crítica, comentario, reportajes, escolares (incluyendo múltiples copias para el uso en clases), universitarios, o investigación, no constituye infracción al derecho de autor. Para la determinación de si el uso de una obra en cada caso particular es un uso justo, los factores a ser considerados son:

⁶⁸ BAESLER, Wencke. Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany. How much Fair Use do we need in the Digital World? p.7. En línea [http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baessler.pdf] [Consulta 20 Agosto 2011] (traducción libre)

⁶⁹ Su principal justificación señala que la apropiación o uso de obras protegidas es razonable cuando su objetivo es la satisfacción del interés público sin infligir un daño inaceptablemente grave al titular de derechos. A su vez, es una herramienta que contribuye a simplificar el proceso creativo, toda vez que permite prescindir de la autorización del titular de los derechos para cada uso, evitando el pago de cuantiosas sumas de dinero y la gestión necesaria para el pago, por usos que no representan daño importante para el derechohabiente. Ver BURK, Dan y COHEN, Julie. Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems. p. 2-4. En línea [<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/tprcfairuseinfra.pdf>] Consulta 22 de agosto 2011. (traducción libre)

⁷⁰ The Copyright Law of the United States and Related Laws Container en Title 17 of the United Status Code. Op. Cit.

1. El propósito y carácter del uso, incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educativos sin fines de lucro;
2. La naturaleza de la obra protegida;
3. La cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo; y
4. El efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida.

Esta no es una norma taxativa. Al contrario, se trata de una normativa de pauta dinámica que atribuye a los tribunales de justicia la tarea de determinar caso a caso, con el mérito de los antecedentes, si se trata de un uso legítimo o infractor del copyright. En este examen, pueden influir diversos factores adicionales.⁷¹

⁷¹ Como por ejemplo, el comportamiento de las partes en juicio, el derecho a la privacidad, o motivaciones ocultas para la demanda, tales como suprimir una mala crítica sobre la obra protegida. Ver HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Will fair use survive? Free Expresión in the Age of Copyright Control. Brennan Center for Justice, NYU School of Law. 2003. p. 3. Disponible en [<http://www.fepproject.org>]. Última visita 24 de octubre 2011. Traducción libre.

2. Los cuatro factores del *Fair Use* Norteamericano.

2.1. Propósito y carácter del uso.

Sin lucro	Crítica	Comercial
Educacional	Comentario	
Personal	Reportaje	
	Parodia	
	Otros usos transformativos	

Los usos del cuadro izquierdo tienden a favorecer el examen de *fair use*, al contrario del cuadro derecho, que tiende a beneficiar al propietario del *copyright*. Los usos del centro, al ser aplicados, son beneficiosos para el examen favorable al *fair use*: le añaden beneficio a los usos de la izquierda y le restan peso al carácter comercial del uso.⁷²

Este primer factor del análisis del *fair use* contiene dos facetas principales: el carácter transformativo y el carácter comercial o sin fines de lucro del uso.

Carácter transformativo: «la meta del *copyright*, promover las ciencias y las artes, es generalmente lograda a través de la creación de obras transformativas». Así se refiere al carácter transformativo la sentencia de *Campbell v. Acuff-Rose Music*,⁷³ de 1994, decisión que generó un notorio cambio en la forma de interpretar los cuatro factores del *fair use*.

Continúa esta sentencia:

⁷² HARPER, Georgia. Using the Four Factor Fair Use Test. Disponible en [http://www.utsystem.edu/OGC/IntellectualProperty/copypol2.htm#test] Consulta: 5 de agosto 2012.

⁷³ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994) Supreme Court 1994. Disponible en http://scholar.google.cl/scholar_case?case=16686162998040575773&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarrr&sa=X&ei=2NYUMDgK4bc8wT4nIHYAq&ved=0CBcQgAMoADAA

Mientras más transformativo es el nuevo trabajo, menos peso tendrán los otros factores, tales como el carácter comercial, el que puede determinar que un uso sea declarado injusto.⁷⁴

Qué es lo que constituye una obra transformativa no ha podido ser definido con exactitud, pero como regla general, si el nuevo trabajo sólo reproduce los objetos de la creación original, no es transformativo⁷⁵; si agrega algo nuevo, con un nuevo propósito o un carácter diferente, alterando el anterior con una nueva expresión, mensaje o significado, sería transformativo.⁷⁶

Los más frecuentes usos transformativos, enunciados en la introducción del párrafo 107, son los de crítica, comentario, reportaje de noticias y la parodia.⁷⁷ Esta última ha sido reconocida como un típico uso transformativo⁷⁸ y tiene su referente más reciente en la sentencia de *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*⁷⁹ El caso se motivó en la parodia que la agrupación de rap *2 Live Crew* realizó de la balada de Roy Orbison *Oh Pretty Woman*, tomando el estribillo central del original. El manager de la agrupación intentó conseguir una licencia del sello de Orbison, pero esta se les negó; pese a ello, decidieron realizar y producir la parodia de todas maneras. El tema de los raperos obtuvo amplias ganancias, lo que habría generado la molestia del autor de la canción original. En primera instancia, la parodia fue declarada como *fair use*, dado el indiscutible carácter transformativo de la obra, decisión que sería revertida por la Corte de Apelaciones, que estableció que si bien el uso involucra un evidente carácter transformativo a través de la parodia, la naturaleza comercial del trabajo era presumible injusto bajo el primer factor del párrafo 107. A su vez, argumentó la Corte, al tomar el corazón de la obra original y hacerlo parte fundamental de la nueva canción, la agrupación se habría excedido en atención al tercer factor –cantidad e

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ La obra de *transformación* es la que utiliza una obra anterior de forma tal que le otorga un nuevo significado a su predecesora, diferenciándose de ésta. En la obra *derivativa*, en cambio, la obra original es fácilmente identificable, sin poder reconocerse diferencias importantes entre una y otra.⁷⁵ De ahí a que en este caso, la ley exija la autorización del titular de la obra original para la ejecución de la obra derivativa. Ver 17 U.S.C., Section 101.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ SAMUELSON, Pamela. p. 2549.

⁷⁸ Ibid. p. 2550.

⁷⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, Op. Cit.

importancia de la parte usada-, y por último, el daño en el mercado de la obra original quedaba establecido, en atención al cuarto factor –efecto en el mercado-, tomando en cuenta el carácter comercial del uso.

Finalmente, la Corte Suprema resolvió para este caso que una parodia comercial puede ser *fair use* dentro del sentido del párrafo 107, señalando:

La parodia tiene una afirmación obvia de valor transformativo, porque puede proveer beneficio social, al dar nuevas luces sobre una obra previa y en el proceso, crear una nueva.⁸⁰

La Corte enfatiza que el carácter transformativo es importante no solo por legitimar el propósito del uso del demandado, sino también la naturaleza de la obra –la parodia inevitablemente utiliza obras publicadas y populares-, la cantidad utilizada –la parodia debe utilizar fragmentos o contenidos importantes de la obra previa para lograr evocarla- y el daño al mercado de la obra original –las obras transformativas difícilmente usurpan el mercado de la obra original-.⁸¹

En suma, la sentencia logra integrar en un mismo examen todos los factores del *fair use* a través del carácter transformativo, determinando de este modo qué factor prevalecerá.⁸²

Antes de esta sentencia, la tendencia en tribunales era declarar la parodia como uso injusto, toda vez que en su gran mayoría son usos de carácter comercial, basados en obras populares, que utilizan el corazón de esas obras.⁸³

Otro caso que introdujo este tipo de examen fue el de *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, del 2001, un buen ejemplo de uso transformativo de crítica no paródica calificado

⁸⁰ *Campbell*, 510. U.S. at 579. Citado en SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2550.

⁸¹ *Ibid.* p. 2550.

⁸² La sentencia extrae algunos de los fundamentos de lo decidido en *Folsom v. Marsh*, señalando: “Miren la naturaleza y objetos de las selecciones hechas, la cantidad y valor de los materiales usados, y el grado en que ese uso puede perjudicar la venta, o reducir los beneficios, o sustituir los objetos, de la obra original.”

⁸³ SAMUELSON, Pamela. p. 2551.

como *fair use*. Suntrust demandó a Alice Randall y Houghton Mifflin, su editorial, por infracción al *copyright* al reversionar la historia de *Gone with the Wind* (GWTW) desde el punto de vista de la esclavitud, utilizando secuencias de la trama y personajes centrales de la obra original en su libro *The Wind Done Gone* (TWDG), que incluso incluyó diálogos textuales.

El análisis de la Corte comienza observando que la obra de Randall es una crítica específica y una réplica a la representación de la esclavitud y las relaciones entre negros y blancos en GWTW. Agrega que la decisión de Randall de transmitir su crítica sobre GWTW a través de una obra de ficción es justificable, dado que la autora consideró con justa razón que la ficción sería un vehículo más poderoso para entregar su mensaje que un artículo académico. Para la Corte, TWDG es una obra altamente transformativa, al reformular numerosas escenas y personajes, reversionando la historia desde una perspectiva radicalmente diferente para su crítica. Ante el alegato de los demandantes, que argumentaron que Randall habría tomado mucho más de lo necesario para evocar los contenidos de GWTW, la Corte respondió que en *Campbell* no se exigió que los parodistas tomaran una cantidad mínima y justa del material protegido por derechos de autor para evocar la obra original. Si bien la cantidad tomada de GWTW fue considerable, solo podía ser juzgada excesiva si dañaba el mercado de la obra. La Corte observa que el libro de Randall, al igual que el tema paródico de *2 Live Crew*, difícilmente usurparía el mercado de GWTW, ya que ambas obras responden a audiencias muy distintas. Los demandantes no pudieron probar daño significativo para el mercado de la obra ni de sus productos derivados autorizados.

La Corte también se refirió al propósito de censura posiblemente encubierto en este tipo de demandas, al decir:

No se pueden usar los derechos de autor para proteger GWTW de los comentarios desfavorables, una política que podría extender la protección del *copyright* a los recintos de la censura.⁸⁴

⁸⁴ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, at 268 F.3d. 1257, 11th Circuit, U.S. Cour of Appeals. Cita extraída de SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2553.

La Corte concluyó que la ley de *copyright* no debiera permitir que Suntrust produzca daños extraordinarios por la publicación de tipos de trabajos que ellos mismos nunca publicarían, o lo que es peor, permitir la habilitación de un poder de censura indirecta.

Para SAMUELSON, los cuatro factores del *fair use* pueden ser agrupados en «categorías de políticas relevantes», subyacentes a ellos, complementando y profundizando el análisis de cada uno.⁸⁵

Los **usos transformativos** responderían al grupo de política relevante libertad de opinión-expresión, donde la parodia destaca como instrumento de expresión crítica y analítica. Desde esta perspectiva, como en los casos expuestos más arriba, es posible inferir que las reclamaciones fundamentadas en la infracción del *copyright* pueden esconder el objetivo de suprimir o censurar la libertad de expresión que ostenta una obra.⁸⁶ En estos casos, el uso transformativo se transforma en el instrumento de equilibrio para la protección de los valores de libertad de expresión y opinión garantizados en la primera enmienda norteamericana, tendencia que se ha hecho cada vez más explícita.

Carácter comercial/sin fines de lucro: La distinción sobre si el uso es de fines comerciales o sin fines de lucro es crucial. Por largo tiempo, los usos comerciales de obras protegidas fueron presumidos injustos y de explotación. La decisión de la Corte Suprema en el caso *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.*, de 1984, más conocido como *Betamax Case*, estableció que la copia privada de programas de televisión con el reproductor y grabador *Betamax*, con el propósito de *time shifting* no constituye infracción

⁸⁵ Ibid. p. 2541. Samuelson argumenta que la legislación del fair use es más coherente y predecible en la medida de que se reconocen ciertos patrones comunes en los casos de fair use que pueden ser organizados en estas *categorías de políticas relevantes (policy-relevant clusters)*. Estas políticas subyacentes al fair use incluyen la promoción de la libertad de expresión y de opinión, el continuo progreso de la autoría, aprendizaje, acceso a la información, búsqueda de la verdad, competencia, innovación tecnológica, y los intereses privados y autónomos de los usuarios. Los usos enunciados en el preámbulo del párrafo 107 estarán bajo las políticas de la promoción de la libertad de expresión y opinión, el constante progreso de la autoría y el aprendizaje. Esta tesis se desarrollará en más detalle en el capítulo III.

⁸⁶ Ibid. p. 2547. La autora señala numerosos casos en que a su juicio la pretensión de censura es evidente: *Nordstrom, Inc. v. PARAIN*, 1992; *Nacional Rifle Association v. Handgun Control Federation*, 1994; *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*.

al *copyright*, siendo declarado *fair use*⁸⁷, mas en su análisis sentó la presunción de que todo uso comercial constituiría una explotación injusta del *copyright*:

Pese a que todo uso comercial de obras protegidas por *copyright* es presumible como una explotación injusta del privilegio monopólico que pertenece al dueño del *copyright*, los usos no comerciales son un asunto diferente. El desafío de un uso no comercial de una obra protegida es probar que el uso en particular no es dañino, el que al ser generalizado, tendría efectos negativos en el mercado de la obra protegida.⁸⁸

Sin embargo, la discusión en torno a los alcances de este factor continuó arrojando posturas opositoras a la construcción de cualquier presunción para éste.

Dos años después, en *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, la corte señaló:

No leemos la sección 107 (1) como una exigencia a hacer una elección clara entre dos caracterizaciones opuestas entre «comercial» y «sin lucro». Si ese fuera el caso, el uso justo sería virtualmente anulado. El carácter comercial de un uso es una cuestión de grado y no un absoluto, y nos encontramos con que los elementos educativos de *Rachel Weeping* contrapesan considerablemente los aspectos comerciales del libro. Si bien el texto logró ganancias, su propósito fue, ante todo, expresar un punto de vista sobre el tema del aborto.

⁸⁷ *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.*, 1984, Supreme Court of the United States. Texto disponible en [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm]. El caso marcó un importante precedente para los usos privados o personales de nuevas tecnologías: “La cuestión es, si Betamax es capaz de usos no infractores de importancia comercial. (...) Un uso potencial de la Betamax claramente cumple con este estándar, sin embargo, se entiende: *time shifting* en el hogar, privado, no comercial, es uso justo.” p. 443. Samuelson sobre este punto señaló “la decisión de Sony es el legado más importante del juez Stevens en el campo del derecho de propiedad intelectual y su importancia es probable que continúe en la mediación entre las industrias de derechos de autor y los desarrolladores de tecnología de la información y los usuarios de estas nuevas tecnologías.(...) El juez Stevens fue capaz de convencer a cuatro de sus colegas a aceptar como uso justo no sólo la copia en *time-shift*, sino que que toda copia privada no comercial debiera considerarse presuntamente justa”. SAMUELSON, Pamela. The Generativity of Sony v. Universal: The intellectual Property Legacy of Justice Stevens. Law Review. p. 132. Disponible en [<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/Sony%20legacy%20FLR.pdf>]. El caso Betamax es también estudiado a fondo por Wendy Gordon, entre las líneas fundamentales de su tesis de la teoría de la falla de mercado para el fair use. GORDON, Wendy. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors. 82. Colum. L. Rev. 1600; 1982. Disponible en línea en [http://www.detritus.net/rhizome/legal/Gordon-Fair_Use.html]. Consulta 13 de agosto 2012.

⁸⁸ Cita extraída de SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2541-2542. Traducción libre.

Con 6.000 ejemplares vendidos, no fue un éxito comercial, y según todos los indicios, nunca fue concebido para eso. Por supuesto, incluso un mínimo nivel de uso comercial pesa en contra del fallo de *fair use*, pero que influya en la determinación final dependerá de la totalidad de los factores.⁸⁹

En *Salinger v. Random House, Inc.*, 1987, el juez Leval argumentó:

Los factores a ser considerados deben incluir (...) si el uso es de naturaleza comercial o con fines educacionales, sin fines de lucro. Al decir esto, el estatuto en cierto modo dibuja irrealmente un mundo en dos esquinas: la veta comercial y la altruista. De hecho, los publicadores de textos educacionales tienen tanto interés por el lucro como los publicadores de farándula en las portadas de diarios y revistas. (...) La protección del estatuto no debiera transformarse en un cilicio o en fervor misionero. Más bien debiera orientar a la corte para hacer una valoración de la utilidad social y de un juego comercial justo.⁹⁰

Tiempo después, Leval en su obra indicó:

No se debe exagerar la importancia de la distinción entre comercial y sin fines de lucro. No se sugiere en ninguna opinión o comentario responsable que por causa de esta cláusula todos los usos educacionales están permitidos y todos los usos con fines de lucro no.⁹¹

En *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* el debate jurisprudencial de los años precedentes es condensado en los siguientes términos:

El lenguaje del estatuto deja en claro que el elemento propósito comercial o educacional sin fines de lucro de una obra es sólo uno de los elementos del primer factor de análisis, de propósito y carácter del uso.⁹²

⁸⁹Maxtone-Graham v. Burtchaell, 2º Circuit, 1986. Texto disponible en [<http://www.studentweb.law.ttu.edu/cochran/Cases%20&%20Readings/Copyright-UNT/maxtonegraham.htm>]

⁹⁰Salinger v. Random House, Inc. 2º Circuit., 1987. Disponible en [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm]

⁹¹ LEVAL, Pierre N. Toward a fair use Standard. 103 Harvard Law Review. nro. 53, 1990. p. 1105, 1116.

⁹² Cita extraída de STANDLER, Ronald B. Fair Use: No excuse for wholesale copyright infringement in the USA. 2009. p. 11. Disponible en [<http://www.rbs2.com/unfair.pdf>] (énfasis añadido). Traducción libre.

La sentencia se refiere a la necesidad de conservar una noción amplia para la aplicación de estos criterios, evitando la construcción de categorías de presunción:

El mero hecho de que un uso sea educativo y sin fines de lucro no lo exime de ser considerado una infracción. (...) Si el carácter comercial tomara *fuera presuntiva en contra de* la constatación de la justicia del uso, la presunción aniquilaría casi todos los usos ilustrativos enunciados en el preámbulo del párrafo 107, incluyendo los reportajes, comentarios, críticas, enseñanza, investigación, dado que en este país, estas actividades generalmente están motivadas por el lucro.⁹³

En conclusión, el examen de este factor debe relacionarse necesariamente con los otros factores en conjunto. Así, puede darse que un uso sea justo por su calidad transformadora aún teniendo fines comerciales, como puede ser injusto un uso sin fines de lucro pero no transformativo.

2.2. Naturaleza de la obra protegida.

Hecho –informativo- Publicado	Mezcla de hecho y ficción	Ficción No publicado
----------------------------------	---------------------------	-------------------------

Los usos de la izquierda se inclinan por el *fair use*, mientras que los de la derecha se inclinan a la necesidad de conseguir permiso para el uso. Los usos del centro tienen poco peso en la balanza.⁹⁴

Durante los últimos 30 años, los tribunales han querido delimitar el contenido de lo que representa la naturaleza de una obra a consideraciones más específicas: si la obra es creativa en oposición a la obra informativa⁹⁵; si la obra está publicada en oposición a la obra sin publicar.⁹⁶

⁹³ Ibid. p. 11.

⁹⁴ HARPER, Georgia. Op. Cit. 2º párrafo.

⁹⁵ Ver *Leadsinger, Inc. v. BMG Music Publ'g*, 512 F.3d 522, 531 (9th Circuit. 2007) En esta sentencia, las letras de las canciones son descritas como “un trabajo de expresión creativa, en oposición a un trabajo

Siguiendo este criterio, la protección del sistema de derechos de autor es más intensa para expresiones creativas, y más flexible para simples acontecimientos o hechos. Consecuencia de esto es que una re-utilización basada en un trabajo protegido predominantemente fáctico –como artículos de noticias- será probablemente considerado *fair use*. Los hechos de una noticia pueden ser reproducidos sin entrar en conflicto con autorías precedentes, a menos que se reproduzca de forma textual el sentido que el autor precedente le dio a la noticia, evento en el que el uso tendría naturaleza ilegítima.⁹⁷

Las obras de ficción o altamente creativas, con una protección del *copyright* más intensa, tornan más probable que los nuevos usos de sus expresiones sean considerados injustos.⁹⁸ Para esta faceta del segundo factor, SAG establece la siguiente hipótesis:

Un fallo de *fair use* es más improbable cuando la obra del autor original es creativa.⁹⁹

En este sentido, en *Campbell* la Corte explicó:

(...) algunos trabajos están más cerca del centro de la protección del *copyright* que otros, con la consecuencia de que el *fair use* es más difícil de establecer cuando las obras previas son copiadas.¹⁰⁰

Sin embargo, en *Campbell* la naturaleza de la obra original, esto es, una obra creativa musical, publicada y popular, es el fundamento de la efectividad de la parodia realizada por la agrupación de rap. Una parodia difícilmente podría sostenerse sin esta naturaleza de la

informativa, que es precisamente el tipo de expresión que la ley de propiedad intelectual está compelida a proteger”. Cita extraída de SAG, Matthew., p. 15.

⁹⁶ Ver *Harper & Row, Publ'rs, Inc. v. Nation Enters.* (1985) Citado en SAG, Matthew. p. 15.

⁹⁷ Harvard Law School, Signal/Noise 2K5 Creative Revolution? 2007. p. 6. Disponible en [http://www.cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFinal.pdf].

⁹⁸ Ibid. p. 5.

⁹⁹ SAG, Matthew. Predicting Fair Use. Loyola University Chicago Law School. Public Law & Legal Theory Research Paper No. 2012-05. p. 16. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1769130>] Consulta 3 de julio 2012.

¹⁰⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 US 569 - Supreme Court 1994. Disponible en [http://scholar.google.cl/scholar_case?case=16686162998040575773&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarrr&sa=X&ei=2-NYUMDgK4bc8wT4nIHAg&ved=0CBcQgAMoADAA] Consulta 13 de mayo 2012.

obra original.¹⁰¹ Lo mismo ocurre en el caso de *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, en donde la obra de Randall logra su crítica social basándose en la afamada obra *Gone with the Wind*, y es justamente gracias a la visibilidad de sus temáticas que consigue exponer su punto de vista crítico sobre las formas de discriminación y exclusión típicas de los Estados Unidos de fines del siglo XIX. En estos casos, este factor da luz verde al examen de *fair use*, en atención al peso del carácter transformativo de la obra.

En torno a la dicotomía obra publicada/inédita, numerosos casos entre 1985 y 1992 indican que la doctrina del *fair use* no era aplicable en los casos en que la obra del demandante no estaban publicadas.¹⁰² En la sentencia sobre *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, de 1985, la Corte Suprema declaró:

(...) bajo circunstancias ordinarias, el *copyright* que habilita a controlar la primera aparición pública de su expresión sin difusión, pesará más que la defensa de *fair use*.¹⁰³

Esta regla fue seguida y expandida en una serie de casos del Segundo Circuito. Por ejemplo, en *Salinger v. Random House, Inc.*, (1987) el tribunal declaró:

Los trabajos sin publicar (...) normalmente gozan de protección completa en contra de la copia de cualquier expresión protegida.¹⁰⁴

En *Wright v. Warner Books, Inc.* (1991), el tribunal estableció:

Los trabajos sin publicar son los hijos favoritos del segundo factor (...) nuestros precedentes dejan poco espacio para discutir este factor una vez que ha sido determinado que el trabajo protegido no está publicado.¹⁰⁵

¹⁰¹ SAMUELSON, Pamela. p. 2550.

¹⁰² SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 15.

¹⁰³ Ibid. p. 16.

¹⁰⁴ *Salinger v. Random House, Inc.* 2nd. Circuit., 1987. Op. Cit. ver nota pie de página No. 86.

¹⁰⁵ Ibid. p. 16. Otro caso citado es el de *New Era Publ'ns Int'l v. Henry Holt & Co* (2d. Circuit. 1989): “Cuando un uso es hecho de materiales de una *naturaleza inédita*, el segundo factor tiene que ser aplicado a favor del infractor, y nosotros no haremos eso en este caso”.

Sin embargo, en 1992, la fuerza de este factor fue anulada por una enmienda al párrafo 107, la que añadió la siguiente descripción legal del uso justo:

El hecho de que una obra sea inédita no será motivo suficiente para impedir un fallo de *fair use*, si este fallo es hecho en consideración a todos los factores.¹⁰⁶

En atención a estas nociones, SAG concluye que de todas formas, es posible establecer la siguiente hipótesis:

Un fallo de *fair use* es menos factible cuando el trabajo del autor original es inédito.¹⁰⁷

2.3. Cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo.

Pequeña cantidad	Más que una pequeña cantidad
------------------	------------------------------

Este factor tiene sus propias peculiaridades. El entendido común es que mientras más se copia del original, más probable es que se trate de un uso injusto. Este factor no sólo atiende a la cantidad de material copiado, sino también a la calidad o relevancia de la parte sustraída de la obra original.¹⁰⁸

Una hipótesis para el entendido genérico de este factor, siguiendo a SAG, sería:

Un fallo de *fair use* es más probable si el acusado usa sólo una parte de la obra del autor original.¹⁰⁹

Un caso emblemático en lo relativo a este aspecto cuantitativo del factor se encuentra en el polémico juicio de *Grand Upright Music, Ltda. v. Warner Bros. Records Inc*, de 1991,¹¹⁰

¹⁰⁶ Fair Use of Copyrighted Works Act, Pub. L. No. 102-492, 106 Stat. 3145 (codified as amended at 17 U.S.C. § 107 (2006)). Citado en SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 15.

¹⁰⁷ Ibid. p.15.

¹⁰⁸ HARPER, Georgia. Op. Cit. 3° párrafo.

¹⁰⁹ SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 16.

en que se acusó al rapero Biz Markie –con firma en Warner Bros.- de infringir el *copyright* del cantautor Gilbert O’Sullivan al samplear un fragmento de su canción *Alone Again (Naturally)*. La resolución de la Corte revolucionó la música hip-hop, estableciendo que para cada futuro *sampling* se requiere de la autorización previa del titular de la obra protegida utilizada. Los costos de gestionar cada licencia implicaron en la práctica una importante depresión de la creatividad musical hip-hop.

A la fecha de esta sentencia, seguía vigente la posibilidad de hacer uso del *de minimis sampling* (uso de tres acordes como máximo), lo que cambió dramáticamente tras la sentencia sobre el caso *Bridgeport Music v. Dimension Films*, donde se estableció como regla general la famosa cita *Get a license or do not sample*.¹¹¹ La decisión eliminó definitivamente la doctrina del *de minimis* para el *sampling* digital, y cambió las prácticas de la industria. Pese a esto, la Corte enfatizó en esta sentencia que la decisión no excluye la procedencia de otras defensas, tales como el *fair use*. Sin embargo, en la práctica esta afirmación tiene poco asidero. La discusión actual apunta al enorme riesgo que corren quienes se atrean a hacer uso de un *de minimis sampling* fundándose en *fair use*, por la falta de certeza jurídica que rodea al factor en análisis y el precedente jurisprudencial restrictivo.

No obstante, este factor involucra diversas aristas que trascienden esta noción cuantitativa. La aplicación de este factor está estrechamente vinculada al primer y cuarto factor, lo que se traduce en que la extensión de la copia admitida variará de acuerdo al propósito de la copia y al efecto de ésta en el mercado del titular del *copyright* de la obra original.¹¹²

En estos casos, puede hacerse un uso más allá de los rangos comúnmente permitidos. Por ejemplo, un uso sin fines de lucro, con propósitos educativos, podrá tomar mayor cantidad

¹¹⁰ Fair Use, Wikipedia. [http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_use]. Detalle del juicio: Grand Upright Music, Ltd. v. Warner Bros. Records Inc. on Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Grand_Upright_Music,_Ltd._v._Warner_Bros._Records,_Inc.] Consulta 5 de junio 2012.

¹¹¹ *Bridgeport Music v. Dimension Films*, 410. F.3D 792 (6th Cir. 2005), en Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Bridgeport_Music,_Inc._v._Dimension_Films]. Consulta 4 de junio 2012. Citando la decisión de la Corte: “We do not see this as stifling creativity in any significant way”.

¹¹² SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 16.

que un uso de fines comerciales con propósito educativo. Pero puede ocurrir que una utilización para parodia de fines comerciales, pueda emplear la totalidad de la obra, o su parte esencial o más distintiva, sin infringir el *copyright*. Este es el caso de *Campbell*, donde la parodia de la agrupación de rap toma el estribillo central del tema original *Oh, Pretty Woman* sin constituir una infracción al *copyright*; la parodia necesariamente tomará una parte fundamental de la obra original para lograr su objetivo.¹¹³ Lo mismo ocurre en el caso de la obra de *Randall*, donde la autora utilizó secuencias completas de la trama de la obra original, usando los mismos personajes en circunstancias casi idénticas a las de la obra original. Sin embargo, el propósito crítico de la obra¹¹⁴ justificó el uso excesivo del material de la obra original, siendo declarado como *fair use*, en atención al primer factor.

2.4. Efecto del uso en el mercado de la obra original.

Después de la evaluación de los tres primeros factores, el uso propuesto está inclinándose hacia el <i>fair use</i>	-El original está discontinuado o agotado -No hay mercado disponible para el permiso -El dueño del <i>copyright</i> no está identificado	-Compite con el original (le quita ventas) -Evita pagos por permiso (royalties) en un mercado de permisos establecido.
---	--	---

La columna izquierda y la del centro inclinan la balanza hacia un fallo favorable al *fair use*, mientras que los de la columna derecha favorecerán un fallo desfavorable. Sin embargo,

¹¹³ SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2550.

¹¹⁴ En torno al propósito de crítica de la obra de Randall, se generó un arduo debate, cuestionando si dicha crítica involucraba una parodia en el sentido de Campbell. Bajo una interpretación restringida de este término, un uso transformativo no sería parodia a menos que tuviera un carácter humorístico o pusiera la obra original en ridículo. Esta concepción de la parodia, (que puede colegirse fue la empleada en Campbell) habría puesto en peligro la defensa de Randall, dado que en su obra no había ni un germen de humor. Sin embargo, bajo una interpretación más amplia de parodia, usos críticos transformativos como *The wind done gone* podrían ser considerados como parodia, y el tribunal en este caso optó por esta interpretación. Finalmente, la parodia es una de las múltiples vías que los autores pueden emplear para exponer una crítica. Como Samuelson señala, “los tribunales debieran haber generalizado el marco del fair use de *Campbell* y hacerlo aplicable a todas las obras que transforman desde la crítica obras previas, reformulando aspectos de la primera obra, re-mezclando la expresión de ella con la expresión del segundo autor, lo que arroja una nueva luz sobre el original y contribuye con nuevas perspectivas sobre su significado.” SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2551, 2552.

este factor tendrá poco peso en la medida de que el examen de los tres factores previos inclinen la balanza a favor del *fair use*.¹¹⁵

Este factor involucra dos aspectos principales:

- a. Si el uso en cuestión actúa directamente como un sustituto en el mismo mercado de la obra original; y,
- b. Si existe un daño potencial en el mercado que trasciende al directo, en la existencia potencial de un mercado de licencias.¹¹⁶

Este factor es sin duda incuestionablemente importante, pero en ningún caso se superpone a los tres factores previos. El año 1985, la Corte Suprema en el caso *Harper & Row* se refirió a este factor como «el elemento más importante del *fair use*». ¹¹⁷ Este antecedente jurisprudencial influyó considerablemente la doctrina y jurisprudencia de los siguientes años, pero el debate en torno a sus alcances nunca cesó. Como se vio más arriba, nueve años más tarde, la decisión sobre *Campbell* sepultó este precedente, estableciendo en sentido amplio que ninguno de los cuatro factores goza de primacía. Como se indica en la sentencia:

La tarea no consiste en simplificar las reglas (...) puesto que la ley al igual que la doctrina exige el análisis caso a caso. El texto emplea los términos «incluidos» y «tales como» en el preámbulo del párrafo 107, donde la función de los ejemplos dados es ilustrativa y no limitativa (...) y por lo tanto sólo proporcionan una orientación general (...). **Tampoco pueden los cuatro factores legales tratarse de forma aislada. Todos han de ser explorados y sus resultados valorados en su conjunto, a la luz del *copyright*.**¹¹⁸

Sin embargo, estudios recientes desde *Campbell*, han demostrado una notoria tendencia en la jurisprudencia a otorgar mayor énfasis al paradigma del uso transformativo. Como señala

¹¹⁵ HARPER, Georgia. Op. Cit. 4º párrafo

¹¹⁶ Harvard Law School. Op. Cit. Págs. 7-8.

¹¹⁷ *Harper & Row, Publ'rs, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 565–66 (1985). Citado en SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 16.

¹¹⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 US 569 - Supreme Court 1994. Op. Cit. (énfasis añadido)

SAG, «la evidencia de los casos litigados (...) confirma la preponderancia del uso transformativo».¹¹⁹ En palabras de la Corte:

La creación de obras transformativas se encuentra en el centro de la garantía de la doctrina del *fair use* de dar un espacio para respirar dentro de los límites del *copyright*.¹²⁰

Pese a ello, para SAG el cuarto factor podría ser el más importante o no ser un factor en absoluto. En una investigación realizada por BEEBE, el autor constató que de ciento cuarenta y un juicios donde el factor efecto en el mercado desfavorecía al acusado, en todos salvo en uno se falló en contra del acusado en el debate final en torno al *fair use*,¹²¹ lo que indica que sus alcances pueden llegar a ser de gran importancia. Sin embargo, y como veíamos anteriormente, muchas veces este factor está sujeto a la tendencia que arrojen los tres factores previos. Debido a todas las diversas dimensiones involucradas en este factor, para algunos es de naturaleza camaleónica, del que difícilmente se podría establecer una presunción o línea interpretativa. En este sentido, como indica SAG:

Aunque el efecto en el mercado suena a una investigación objetiva y fáctica, es de hecho una investigación muy subjetiva. En la mayoría de los casos, el criterio para determinar si la conducta del acusado infringe en conformidad al cuarto factor, es un tanto elástico, ya que para determinar la extensión de los efectos en el mercado potencial, los tribunales deben primero determinar si un determinado uso se encuentra dentro del mercado potencial.(...) A la luz de esta imprecisión, la aparente simetría entre la forma en que los jueces describen el cuarto factor y los resultados de los casos de *fair use*, plantea la sospecha de que el efecto en el mercado no es un factor en absoluto.

Continúa,

La pregunta es ¿Hay algún contenido empírico en el cuarto factor legal o es simplemente una conclusión legal? La forma más sencilla de entender el cuarto factor es como un

¹¹⁹ SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 36

¹²⁰ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579. (1994). Op. Cit. (énfasis añadido).

¹²¹ BEEBE, Barton, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, 156 U. PA. L. Rev. 549, p. 617. Citado en SAG, Matthew, Op. Cit. p. 16.

seguimiento de los daños por competitividad o pérdidas en ventas. Concebido como tal, la cuestión empírica sólo se sujeta a determinar ese daño o pérdida en ventas. Este seguimiento es fácil de concebir pero difícil de implementar debido a la magnitud de las pérdidas del pasado y el grado probable de pérdidas a futuro, que son elementos muy controvertidos en la mayoría de los juicios de *fair use*.¹²²

Para SAG, es posible determinar incluso intuitivamente un daño por competitividad más alto cuando demandante y acusado comparten la misma industria. Conforme a esta idea, formula la hipótesis de que «a separación de industria entre demandante y acusado hace más probable la declaración de *fair use*».

Pero este es uno de los múltiples criterios posibles para evaluar en qué medida este factor influirá en el examen final.

Como veíamos, la influencia de los otros factores puede ser crucial, en particular la del primer factor: mientras más transformativo sea el uso, menos posibilidades habrá de que la obra transformativa genere un efecto substitutivo en el mercado de la obra original. A *contrario sensu*, mientras menos transformativa sea la obra, y más contenido derivativo tenga, más probabilidades habrá para que se produzca una substitución en el mercado de la obra original.¹²³

¹²² SAG, Matthew. (2012) Op. Cit. p. 17.

¹²³ Harvard Law School. Op. Cit. p. 7

3. *Fair Use* y la Teoría de la Falla de Mercado (*Market Failure*)

3.1. Introducción

La teoría del *market failure* es un concepto que surge en el seno de la teoría económica, referido a la asignación de bienes y servicios ineficiente dentro de un mercado libre, en el que no existe intervención gubernamental.¹²⁴

Las principales causas de la falla del mercado:

- Externalidades que causan costos o beneficios privados y sociales divergentes;
- Información imperfecta;
- Bienes públicos puros o cuasi-bienes públicos en el mercado;
- Dominio del mercado y abuso de poder monopólico;
- Factor de inmovilidad; y,
- Temas de equidad (justicia). Los mercados pueden generar una distribución del ingreso inaceptable y con ello, exclusión social.

3.2. La falla de mercado en el *fair use*

Para la autora Wendy GORDON, la presencia de una falla de mercado es condición necesaria para el análisis del *fair use* bajo un lente económico. Según la autora, son los propios fundamentos de la legislación de propiedad intelectual los que remiten a este enfoque, atendiendo la naturaleza del tipo de bienes involucrados. La autora señala que dado que el sistema del *copyright* crea la «propiedad privada» sobre las obras de creación, para que el mercado pueda proporcionar incentivos económicos a los autores y difundir sus obras, puede ser útil comenzar la investigación del *fair use* desde los principios económicos de la falla de mercado, para identificar las situaciones en las que estos dos objetivos son propensos al conflicto de intereses, en atención a los intereses de los usuarios de obras

¹²⁴ *Introduction to market failure*, Master of Public Administration. Disponible en línea en [<http://tutor2u.net/economics/presentations/aseconomics/marketfailure/IntroductionMarketFailure/default.htm>] Consulta 7 de agosto, 2012.

protegidas. Las mismas consideraciones económicas que rigen el sistema del *copyright* en su conjunto pueden ser utilizadas junto con los criterios de la falla de mercado para incorporar mecanismos de resolución para estos conflictos, proporcionando un método de aplicación del *fair use* mejorado, tanto para lograr la difusión conveniente como también para evitar la erosión de los incentivos a la creación.¹²⁵

GORDON se propone interpretar el *fair use* como un modo de respuesta judicial a la falla de mercado en el contexto del *copyright*, argumentando que la presencia o ausencia de signos de falla de mercado logra proporcionar un método de mayor predictibilidad de resultado en los casos de *fair use*, fortaleciendo de esta forma sus fundamentos.¹²⁶

Siguiendo a GORDON, las normas de derechos de autor desde la economía se conciben como un remedio para la falla del mercado de bienes creativos, que se explicaría por la presencia de estos bienes transables con características de bienes públicos. Este tipo de bienes tienen dos rasgos definitorios: 1) una vez producidos, son virtualmente inagotables; y, 2) en los efectos inmediatos, las personas pueden acceder al uso de estos bienes evitando pagar por ellos. Debido a que es costoso reprimir esta práctica de los «corredores libres»¹²⁷, estos bienes públicos por lo general tendrán una baja producción si se entregan al mercado privado sin generar herramientas de control y equilibrio.

Para GORDON, los libros y las invenciones creativas en general presentan características de bienes públicos. Una vez que la obra literaria o el descubrimiento consagrado en la invención están a disposición del público, podrán ser re-utilizados por innumerables consumidores, sin agotar el suministro. GORDON observa que un indeterminado número de personas podrán utilizar simultáneamente la obra recién estrenada sin privar a otros físicamente de su uso. El control físico, por lo tanto, no ofrece todo su potencial, como normalmente opera en otro tipo de mercados, para excluir o reprimir a los corredores libres. A diferencia de lo que ocurre sobre otros bienes con carácter de públicos, el método legal

¹²⁵ GORDON, Wendy. 1982. Op. Cit. p. 1604.

¹²⁶ Ibid. p. 1604.

¹²⁷ En el texto original, la autora emplea el término de *free riders* para referirse a los usuarios que acceden a estos bienes de forma gratuita, logrando eludir el sistema formal de pago del mercado en cuestión.

para los bienes sujetos al *copyright* logra un control diverso y más eficaz, al brindar por una parte protección a la obra física y por otra, ofrecer control legal sobre las reproducciones y otros usos diversos intangibles de la obra protegida. De esta forma, la ley proporciona un medio adicional para excluir o limitar estos usos de los no-compradores, y con ello, sostiene el mercado de bienes intelectuales.¹²⁸

En este contexto, el *fair use* es una de las diversas fórmulas que los tribunales pueden emplear para autorizar la salida legítima del mercado al usuario no autorizado – corredor libre- de una obra protegida.

Un punto de partida útil para determinar cuándo es pertinente la aplicación del *fair use* consiste en identificar en qué casos las fallas del mercado dan base suficiente al tribunal para confiar en su propio examen en aras del beneficio social apropiado. Al hacer esta identificación, se introduce a la vez una nueva cuota de coherencia o predictibilidad dentro de la sistemática del *fair use*. ¿Cómo opera este método? GORDON argumenta que existen ciertas condiciones de competencia perfecta que indican cómo debiera ser un entorno transaccional adecuado. La disfuncionalidad de alguna de estas condiciones, como consecuencia directa del mercado, podrá ser identificada como el fundamento de las acciones elusivas de los corredores libres sobre la obra protegida en cuestión, lo que inclinará el fallo del tribunal en contra de la reclamación del titular del *copyright*, resolviéndose favor del *fair use*.¹²⁹

3.3. El test de tres pasos para la determinación del *fair use*

GORDON estructura el examen económico del *fair use* en tres criterios principales. Se reconocerá como justo el uso de quien ha sido acusado de infringir el *copyright* cuando:

(1) las fallas del mercado estén presentes;

¹²⁸ Ibid, p. 1611-1613.

¹²⁹ Ibid, p. 1614.

- (2) la transferencia del uso al usuario no autorizado es socialmente deseable (el uso sin autorización es legítimo en atención a las condiciones del mercado); y,
- (3) una concesión de *fair use* no causaría un perjuicio sustancial a los incentivos del titular del *copyright*.¹³⁰

Conforme a este modelo de análisis, GORDON señala que el primer elemento del test logra garantizar que el *bypass* del mercado no sea aprobado sin causa justificada. El segundo elemento de la prueba asegura que la transferencia de una licencia de uso del titular *copyright* al usuario no autorizado genere una ganancia neta en su valor social. Y por último, el tercer elemento asegura que la concesión de *fair use* no perjudique el objetivo principal de la ley, el incentivo de la creación.¹³¹

i. Primer elemento del test: Falla del Mercado

Una justificación económica para privar a un propietario de *copyright* de su título en el mercado sólo es pertinente cuando la posibilidad de negociación consensual se ha roto de alguna manera.

Sólo cuando es improbable que la transferencia deseada del uso de los recursos tenga lugar de forma espontánea, o cuando concurren circunstancias especiales, tales como las fallas del mercado que afectan la capacidad ordinaria del mercado en la asignación de los recursos, estaremos ante una necesidad económica que logra justificar la transferencia no consentida del uso de una obra protegida.

Por lo tanto, una de las condiciones previas necesarias para presuponer el *fair use* desde el punto de vista económico es que la falla de mercado esté presente.¹³² Sin embargo, en el examen de estas condiciones, los tribunales deben considerar si existen otras curas propias del mercado que hagan improcedente la figura del *fair use*.

¹³⁰ Ibid. p.1614-1615.

¹³¹ Un análisis crítico a este planteamiento, en cuanto a que el objetivo principal del *copyright* es el incentivo de la creación, en SMIERS, Joost. Op. Cit.

¹³² Ibid, pág 1615.

Los principales tipos de fallas de mercado que concurren en los casos de uso justo son las barreras de mercado, las externalidades y los motivos anti-difusión.

a) **Barreras del mercado (*market barriers*):** La imposibilidad o dificultad de lograr negociar dentro del mercado es un factor que puede justificar la concesión de *fair use*. GORDON argumenta que la relevancia de las barreras del mercado para el *fair use* se refleja implícitamente en la historia legislativa del artículo 107 de la *Copyright Act*, al señalar el informe del Senado:

(...) el factor clave en el *fair use*, aunque no necesariamente determinante, es si el trabajo está disponible para el usuario potencial.¹³³

Un tipo particular de barrera de mercado es el costo de transacción. Mientras el costo de llegar y hacer cumplir la oferta es inferior a los beneficios previstos para el negocio, el mercado se forma. Sin embargo, si los costos de transacción superan los beneficios previstos, no se producirá ninguna transacción. De este modo, dos son las variables que normalmente producen barreras de mercado: los altos costos de transacción y los bajos beneficios anticipados. GORDON observa que las nuevas tecnologías tienden estimular estas dos variables sobre cierto tipo de obras protegidas, cuando están en juego los usos personales o individuales -como son las copias académicas con la fotocopidora o los usos de reproductores de video o música dentro del hogar-. Para GORDON, esto explicaría por qué la naturaleza personal o individual de la copia se ha tornado relevante para el *fair use*, y por qué el uso doméstico puede ser tan relevante para el alcance de la legislación del *copyright*.¹³⁴

La autora observa que las prácticas que habilitan las nuevas tecnologías pueden implicar que los participantes no tengan canales de comercialización establecidos para confiar, por

¹³³ Ibid, p. 1627.

¹³⁴ Ibid. Debe recordarse que este artículo fue redactado en 1989, en un contexto en que las nuevas tecnologías eran el videograbador y las fotocopadoras, entre otros. Gordon señala: “Consideremos, por ejemplo, el impacto de la máquina fotocopadora o la videograbadora. Ambas hacen posible que las personas hagan usos de obras protegidas en formas nuevas y potencialmente valiosas.” Lo interesante es identificar los alcances de este análisis para el contexto actual. p. 1627.

lo que la adquisición del permiso para estos nuevos usos es probable que resulte engorrosa y costosa, o en definitiva, impracticable. Bajo el enfoque de GORDON, la fotocopidora y el videograbador son ejemplos de nuevas tecnologías que generan altos costos de transacción y bajas ganancias proporcionales para las obras protegidas accesibles por estas tecnologías. Aún en el caso en que los usuarios de estas tecnologías quisieran obtener permiso para la copia de libros o películas, los costos de transacción para obtener esos permisos serían considerablemente mayores al valor de ese uso individual. Por otra parte, GORDON plantea que los costos para identificar y reforzar el *copyright* en contra de los copiadores individuales – en el contexto de la década de los ´80- serían también desmedidos en atención a toda ganancia anticipada de los titulares del *copyright*. La autora concluye que por estas razones, este tipo de usos correspondería a un claro ejemplo de falla de mercado subsanable por el *fair use*.

Sin embargo, y como bien se sabe, en el escenario actual las nuevas tecnologías han permitido reducir los costos del reforzamiento de protección de las obras protegidas, al punto de hacer desaparecer por completo el obstáculo del rastreo y bloqueo de los usos desautorizados. Este elemento debilita la tesis de GORDON para el contexto actual.

Sin embargo, este escenario fue pronosticado por Gordon. La autora observa que en estos contextos una costumbre de uso sin tener que pagar emerge fácilmente, «a menos que los costos de transacción de la búsqueda de permiso o del rastreo de usos de alguna manera se reduzcan».¹³⁵ En tales situaciones, los costos de transacción tienden a evitar al menos en parte la maximización del valor en las transferencias, al reforzar el *copyright*. Pero esta tendencia de reforzamiento, concluye Gordon, podría llevar a la eliminación de estos usos, lo que implicaría afectar seriamente las rentas del titular del *copyright* y privar a la sociedad de los beneficios de estas nuevas invenciones.

Por estas razones, GORDON pronostica acertadamente, que las nuevas tecnologías serán objeto frecuente del tratamiento de *fair use*.

¹³⁵ Ibid. 1628

b) Externalidades: En el ámbito del *copyright*, las externalidades están referidas a intereses no cuantificables en dinero y actividades no comerciales de ciertos usos - tales como la enseñanza o la investigación. Los costos y beneficios de las partes contratantes por este tipo de usos difieren significativamente de los costos y beneficios sociales en juego. GORDON se sitúa en el lugar de un usuario potencial que produce una nueva obra empleando elementos de una obra protegida por *copyright*, que aporta un beneficio para la sociedad; no es capaz de comprar un permiso para su uso, debido a la estructura del mercado, y a su vez se ve impedido para capitalizar los beneficios generados por su creación. Si bien esta incapacidad no justifica por sí sola la declaración de *fair use*, sí puede indicar al tribunal la necesidad de investigar si los costos sociales al confiar en el mercado no son demasiado altos o si por el contrario, el beneficio social supone un costo muy alto para el titular del *copyright*.¹³⁶

c) Motivos anti-difusión (*anti-dissemination motives*): La autora argumenta que la jurisprudencia de la década de los '80 tendía a otorgar un tratamiento de *fair use* en los casos en que los titulares de *copyright* daban señales de estar utilizando su derecho no para asegurar sus legítimas ganancias económicas, sino para controlar el flujo de información crítica sobre la obra. Estos casos se dan típicamente en usos de crítica o comentario, tales como la sátira o la parodia.

GORDON plantea que en muchos casos, los titulares de *copyright* no tienen interés en explotar usos derivados o transformativos de su propia obra, pero tampoco están dispuestos a cederlos, aún cuando se les ofrezca dinero para ello, en los casos en que la obra original se expone a una reseña negativa o a una parodia.

Dado que los motivos antidifusión de un titular de *copyright* torna inviable la obtención de una licencia en el mercado y junto con ello, está en juego el libre flujo de la información, este sería un fuerte caso para ser decidido desde el *fair use*. Sin embargo, esto no supone que la negativa del autor ante la licencia se traduzca en una automática justificación para el

¹³⁶ Ibid, pág. 1630.

fair use. El propietario que se opone a entregar licencia porque el uso del solicitante substituiría o mermaría el trabajo derivativo propio, está representando un interés legítimo, protegido por la ley y válido para todo titular de *copyright*, involucrando a su vez un interés público que debe ser protegido.¹³⁷ La falla de mercado sólo debería admitirse cuando el acusado de uso ilegítimo logra probar que los motivos del titular para rehusarse al uso en cuestión no se condicen con las metas perseguidas por la legislación del *copyright*, y que, por el contrario, que el ánimo de la oposición puede incluso esconder fines de censura.

ii. Segundo elemento del test: balance entre daño y beneficio

Luego de ser identificada la falla de mercado, el tribunal debe evaluar si el uso es más valioso en manos del demandado o en las manos del titular del *copyright*.¹³⁸ GORDON señala que una de las vías para este análisis es la investigación de las condiciones del mercado en cuestión. Si al ser subsanada la falla de mercado, el precio que el titular del derecho demandaría es más bajo que el precio que ofrecería el usuario, la transferencia al usuario incrementaría el valor social.

La dificultad puede presentarse al momento de determinar qué precio se habría ofrecido o demandado. Es usual que los casos donde se reconoce uso justo sean bajo características no comerciales y de beneficios sociales no compensados económicamente.

En la presencia de este tipo de falla de mercado, el precio que el usuario demandado ofrecería es a menudo muy inferior al valor social real que implica dicho uso. Por ello, generalmente los tribunales hacen estimaciones intuitivas del valor social.¹³⁹

Para GORDON, cuando la falla de mercado está presente, es imposible o indeseable hacer difusión de trabajos creativos dependiendo exclusivamente del consentimiento del titular del *copyright*. Por tanto, cuando las transferencias apropiadas no concurren por una falla de

¹³⁷ Ibid, p. 1632-1633.

¹³⁸ Ibid, p. 1615.

¹³⁹ Ibid, p. 1616-1617.

mercado, los tribunales debieran indagar en qué habría consentido el titular del derecho si él y el usuario hubiesen negociado dentro de un mercado en funcionamiento.

iii. Tercer elemento del test: perjuicio grave.

Este elemento está diseñado para mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de incentivo para la creación y el de difusión de trabajos creativos.¹⁴⁰ GORDON establece dos niveles de falla de mercado para la ponderación de los eventuales perjuicios involucrados:

- a) **Falla de mercado completa:** Si el propósito de incentivo no se logra otorgándole protección al demandante, y si no se produce un desincentivo al admitir el uso libre del demandado, por lógica, los tribunales debieran conceder el *fair use*. GORDON pone el siguiente ejemplo: en un área en particular, los altos costos de transacción crean un contorno prohibitivo para la localización y negociación entre los propietarios de *copyrights* y los usuarios potenciales, que exceden las posibles ganancias esperables para ambas partes. Bajo estas circunstancias, no se producirá transacción alguna. Por esta razón, la aplicación de los derechos de mercado no beneficiará al titular del derecho y sin duda afectará al potencial usuario del *copyright* al que se negó acceso, como así también a otros posibles beneficiarios del uso. Siendo éste un escenario de falla de mercado completa, la negación de tribunales a reforzar el control del propietario del *copyright* puede ser la única forma de permitir el uso del trabajo. Puesto que esta negativa en dicho contexto no implicaría privar al dueño de todos los ingresos que de todos modos recibirá, no hay una lesión a los incentivos que justifique una decisión en contra de una concesión de *fair use*.¹⁴¹

- b) **Falla de mercado intermedia:** En este contexto, el mercado puede no generar todos los intercambios deseables, pero son posibles algunas transacciones. En estos casos, declarar *fair use* a una clase de usuarios habilitaría a otras personas que,

¹⁴⁰ Ibid., p. 1618-1619

¹⁴¹ Ibid., p. 1620-1621.

pudiendo pagar por el uso, se servirían del uso gratuitamente. De esta forma, la figura del *fair use* entra al mercado como un sustituto del potencial de venta del trabajo creativo, generando perjuicios para los incentivos de creación.

En este escenario, los dos primeros elementos del test no son suficientes para acomodar los intereses en conflicto.

Este tercer elemento del test de GORDON –el perjuicio grave- tiene varias funciones. Preserva el sistema de incentivos en el centro del *copyright*. Otorga protección adicional para los titulares de *copyright* ante la posibilidad de estimaciones incorrectas del valor de sus trabajos; entrega ciertas garantías para que los titulares de derechos no queden en una intolerable desventaja frente a la aplicación del sistema del *fair use*.

También es un factor que puede asistir a los tribunales para evitar el peligro de hacer que fallas de mercado subsanables se tornen permanentes a través de la concesión de *fair use*. Según GORDON, una forma de evitar este efecto en el mercado es establecer mecanismos de reparación, en que se reintegre al titular del *copyright* un porcentaje equivalente al daño que experimentó y a su vez, se recomponga el desequilibrio del mercado generado por el uso no autorizado. Esto podría lograrse a través de: 1) compensación económica, limitada a los daños, 2) pago de royalties razonables, y/o 3) compartir las ganancias que el acusado obtuvo gracias al uso del trabajo protegido.¹⁴² Según la autora, estas «curas» para el mercado, crean también incentivos para que tanto acusados por usos no autorizados y titulares de *copyright* establezcan instituciones y agentes que reduzcan futuros costos de transacción.

El tipo de daño será distinto para cada parte. Para lograr el balance deseado, entre el daño del demandante y el beneficio del demandado, debe atenderse el uso específico que irroga daño al demandante. Un estudio a fondo del uso y su mercado formal podrá revelar si la concesión de *fair use* da lugar a un beneficio social neto. GORDON argumenta que a fin de evitar un perjuicio importante a los incentivos, el tribunal también debe investigar la

¹⁴² Ibid. p. 1622-23.

magnitud de las pérdidas probables en el mercado en su conjunto a partir de una concesión de *fair use*, tanto de este acusado y de otros en el mismo contexto. Al respecto, señala el Informe del Senado en la *Copyright Act* de 1976:

Los casos aislados de infracciones leves, cuando se multiplican muchas veces, se convierten en su conjunto en una intrusión importante en los derechos de autor, que debe ser prevenida. Por ende, el examen en torno al perjuicio concurrente debe incluir la noción de daño acumulativo.¹⁴³

3.4. Alcances de la teoría de GORDON

Dos bullados casos contemporáneos a la publicación de GORDON, tuvieron estrecha relación con sus principales postulados, *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. (Betamax Case)* y *Williams & Wilkins Co. v. United States*,¹⁴⁴ sentencias de la Corte Suprema que, haciendo eco a los principios de la teoría de la falla de mercado de GORDON, fallaron a favor y en contra del *fair use*, respectivamente. GORDON se referiría a estos casos como representativos de escenarios típicos donde existen razones suficientes para desconfiar del mercado por fallas de consideración, con elementos suficientes para la declaración de *fair use*, a propósito de los usos privados.

Sin embargo, poco tiempo después comenzarían a recogerse sus principales criterios en la doctrina y jurisprudencia, al punto de ser la doctrina dominante en lo relativo a la economía de las nuevas tecnologías.¹⁴⁵

¹⁴³ Ibid, p.1625.

¹⁴⁴ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. (Betamax Case)*, http://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios,_Inc. Consulta 5 de agosto 2012. Como veíamos más arriba, en *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.*, de 1984, más conocido como *Betamax Case*, se estableció que la copia privada de programas de televisión con el reproductor y grabador *Betamax*, con el propósito de *time shifting* no constituye infracción al derecho de autor, siendo declarado uso justo¹⁴⁴, mas en su análisis se sentó la presunción de que todo uso comercial constituiría una explotación injusta del derecho de autor. *Williams & Wilkins Co. v. United States*, http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/c487F2d1345.html. Consulta 5 Agosto 2012.

¹⁴⁵ KU, Raymond Shih Ray., Consumers and Creative Destruction: Fair Use Beyond Market Failure. *Berkeley Technology Law Journal*, 2003. p. 19-21. Disponible en <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol18/Ku.stripped.pdf> Consulta 5 de agosto 2012.

A raíz del potencial para las licencias de los nuevos usos y las tecnologías de administración digital de derechos (DRM, por sus siglas en inglés) para remediar las fallas de mercado, académicos, legisladores y jurisprudencia han argumentado a favor de una drástica reducción, si no una completa abolición, del sistema del *fair use*, en base a estas curas alternativas del mercado y las nuevas tecnologías de control de acceso.¹⁴⁶

GORDON observa que algunos académicos, en el escenario económico y tecnológico actual de los nuevos sistemas de administración digital de derechos, apuestan a una paulatina pero persistente restricción de la doctrina del *fair use*, que genera una suerte de transformación de la propiedad intelectual, tornándola como recurso de naturaleza privada estricta, al reducir los costos de transacción asociados a la negociación y reforzamiento de protección para el *copyright*. Internet, los contratos en línea y las medidas tecnológicas de protección diseñadas para controlar el acceso a trabajos protegidos, reducen los costos de transacción al punto de eliminar la mayoría de los tradicionales factores de falla de mercado. Según estos argumentos, la reducción de los costos de transacción beneficiaría al público al incrementar el valor de los trabajos protegidos, estimulando una mejor producción y mejorando los mecanismos de distribución.¹⁴⁷ Pero la evidencia demuestra que el resultado ha sido más bien el contrario. La tesis de GORDON, en este sentido, no logra anticiparse a los profundos alcances que tendría la combinación de las nuevas tecnologías de control de acceso y los fundamentos de la teoría de la falla de mercado.

El enfoque del *fair use* justificado como remedio para la falla de mercado ha tenido un profundo impacto en las políticas de propiedad intelectual. El autor Shih Ray KU relaciona este enfoque con el sentido atribuido al *fair use* en el marco del polémico proyecto *White Paper*, redactado durante la administración de Clinton, que derivaría en la *Digital Millennium Copyright Act*, que entre otras medidas, establece la ilegalidad de la elusión de

¹⁴⁶ Ibid., p. 22-23. Un completo análisis en torno a los conflictos y alcances de las tecnologías de administración digital, en cuanto a su entorno legal, técnico y comercial, ver en SELTZER, Wendy. Lo imperfecto es enemigo de lo bueno: leyes antielusión versus innovación abierta. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile. Vol. 1. N° 1. (2012), p. 15-101.

¹⁴⁷ Ibid. p.23.

las medidas de protección tecnológicas aún cuando se trate de usos con características de *fair use* sobre obras protegidas. Entre los objetivos subyacentes a estas restricciones, el *White Paper* se refiere abiertamente a la paulatina reducción de la aplicación y alcances de la doctrina del *fair use* gracias a la implementación de estas nuevas herramientas tecnológicas que perfeccionarían el flujo del mercado de bienes creativos.¹⁴⁸

El *fair use* desde la falla de mercado también ha tenido un importante impacto en la jurisprudencia. Los casos *Betamax* y *Williams* fueron sus primeras manifestaciones judiciales, pero el debate jurisprudencial continuaría álgido. En *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphic Corp.*¹⁴⁹, la Corte comienza haciendo un alcance con el caso de *Williams* en el contexto de las fotocopias académicas. La Corte rechazó la reclamación de *fair use*, señalando que existían remedios para la falla del mercado que harían improcedente su concesión, tales como sistemas de envío para el pago de royalties a las editoriales, la aparición de instituciones para el licenciamiento, como el *Copyright Clearance Center*,¹⁵⁰ y la factibilidad de negociar licencias directamente con editores y autores independientes. Para la Corte, la presencia de mecanismos de licencias e instituciones para su gestión demuestra la existencia de un mercado de licencias para artículos académicos individuales eficiente que permitiría prescindir de un análisis bajo el *fair use*. La Corte señala:

(...) es evidente que un uso particular no autorizado debiera ser considerado más justo cuando no existe un mercado preparado para el pago por el uso; por el contrario, un uso no autorizado debiera ser considerado menos justo cuando existe un mercado preparado para el pago de ese uso.¹⁵¹

¹⁴⁸ SHIH RAY KU, Op. Cit. p. 23. Para un análisis crítico a esta óptica, ver SELTZER, Wendy. Op. Cit.

¹⁴⁹ *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522 - Dist.Court, SD New York 1991. Disponible en [\[http://scholar.google.cl/scholar_case?case=2056409483539120279&q=Basic+Books,+Inc.+v.+Kinko%2%20B4s+Graphic+Corp&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1\]](http://scholar.google.cl/scholar_case?case=2056409483539120279&q=Basic+Books,+Inc.+v.+Kinko%2%20B4s+Graphic+Corp&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1) Consulta 7 de octubre 2012.

¹⁵⁰ El Copyright Clearance Center (CCC) es una organización sin fines de lucro que opera desde 1979, en la gestión del otorgamiento de licencias de contenidos protegidos a nivel mundial. La organización se define como un *broker* global de derechos de los contenidos más solicitados del mundo. Más información en [\[http://www.copyright.com\]](http://www.copyright.com).

¹⁵¹ *Ibid.* p. 24, cita extraída de *Am. Geophysical Union*, 60 F.3d, p. 930.

Este caso, como en otros más recientes,¹⁵² demuestra la influencia que la doctrina de GORDON alcanzó en los nuevos escenarios jurídicos y económicos creados por las nuevas tecnologías, sobre el análisis del *fair use*. Sin embargo, subsisten las contradicciones en la aplicación de sus principios, como lo demuestra la falta de correspondencia entre los criterios empleados en las resoluciones de *Sony y Williams v. Wilkins* y sus sucesores afines.

Esto nos lleva a la tesis de Shih Ray KU, quien argumenta que un enfoque económico coherente al *fair use*, en atención a los múltiples elementos fácticos y específicos que rodean la economía de las nuevas tecnologías, y que recoge y reformula el desarrollo conceptual de la teoría de GORDON, sería el de la destrucción creativa.

¹⁵² A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004 – Court of Appeals, 9th Circuit, 2001, comentarios de la sentencia disponibles en http://scholar.google.cl/scholar_case?case=14102696336550697309&q=a%26m+records+inc.+v.+napster+inc&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1 y UMG Recordings, Inc. v. MP3.COM, Inc, en http://scholar.google.cl/scholar_case?case=11855946717485949470&q=UMG+Recordings,+Inc.+v.+MP3.COM,+Inc&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1. En estos casos, las cortes observan que el interés de la industria musical por otorgar licencias a terceros y a los consumidores la oportunidad de hacer y usar archivos de música digital, demuestra que no había falla de mercado y que esta ausencia de fallas de mercado pesó fuertemente en contra de una concesión de uso justo. KU, SHIH RAY. Op. Cit. p. 24.

4. La teoría de la destrucción creativa.

Shih Ray KU parte de la base de que GORDON acierta en identificar en las sentencias de *Sony y Williams v. Wilkins* una primera manifestación de análisis económico sobre la doctrina del *fair use*, pero desde su punto de vista, el criterio más completo para los casos de conflicto de derechos de autor en el marco de las nuevas economías tecnológicas lo entrega la teoría de la destrucción creativa.

Siguiendo al autor Joseph SCHUMPETER:

La forma más importante de competencia que previene a los mercados capitalistas de convertirse en monopolios no es la competencia en cuanto a precio, calidad y esfuerzo. Por el contrario, el impulso fundamental que pone y mantiene el motor capitalista en movimiento es el proceso de *destrucción creativa*, un proceso que incesantemente revoluciona la estructura económica, incesantemente destruyendo la antigua, e incesantemente creando una nueva.¹⁵³

Esta forma de competencia no afecta los márgenes de las entradas y salidas de las empresas existentes, sino sus bases y su propia subsistencia. Bajo ciertas circunstancias, las nuevas tecnologías que facilitan la copia y distribución de obras creativas socavan los fundamentos de un modelo de negocios protegido por el derecho de autor contemporáneo, poniendo en situación de riesgo a las industrias que se sostienen en las economías de distribución e impresión de contenidos protegidos. KU observa que los usos de internet para la distribución digital de obras creativas, al rebajar casi a costo cero las copias de material protegido, como ha ocurrido con la música principalmente, generan una nueva forma de inversión en la distribución, de forma más directa, en la adquisición de computadores, módems, *storage media* y servicio de internet; los consumidores públicos consumen y crean sus propios canales de distribución para la música digital. En

¹⁵³ SHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism, and Democracy* 84. (Harper Perennial 1976), p. 81-86.; KU, Raymond Shih Ray, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69. U.CHL.L.REV.263 (2002). Citados en KU, p. 26.

consecuencia, concluye KU, respecto al problema de la distribución, puede argumentarse que el problema de los corredores libres no está presente en el ciberespacio.¹⁵⁴

Para KU un claro ejemplo de destrucción creativa es el *file sharing*, práctica que ataca las bases de este modelo de negocios de la distribución de contenidos. Ante este conflicto, el autor argumenta que el *copyright* no está concebido para proteger ese tipo de amenazas. El *copyright* está concebido para proteger la distribución de obras creativas en general, y no a una industria particular o a un modelo de negocios. El *file sharing* amenaza la industria de distribución de contenidos porque a través del mundo digital la figura del intermediario se torna innecesaria. Por otra parte, el público consumidor realiza las inversiones necesarias para la distribución del contenido digital y por ende, la distribución de contenidos *per se* no está amenazada, como se ha querido dar a entender. En este escenario, la distribución vía internet no sufre por el problema de los corredores libres que en el caso de otros métodos de distribución fueron causa de su completa caída. En conclusión, para KU prohibir que los consumidores reproduzcan y distribuyan trabajos creativos a través de la legislación de propiedad intelectual, es innecesario e injustificado.¹⁵⁵

Sin embargo, la protección de la distribución es sólo una parte de la misión del *copyright*. Si la copia amenaza la creación, el *copyright* sigue siendo necesario. Lo usual hasta hoy ha sido ver la protección del artista en sus fines de incentivar la creatividad desplazada por la sobreprotección de los intereses de las industrias de distribución de contenidos y sin embargo, si en un futuro la distribución termina por desaparecer, la protección de la creatividad en sí seguirá siendo necesaria. KU observa que este ámbito del *copyright* está lejos de tener un rol claro o absoluto en sus objetivos de promoción de la creación mediante la prohibición de la copia de los consumidores.¹⁵⁶ Tomando el caso de la creatividad musical, la copia de los consumidores puede tener un impacto marginalmente negativo, o incluso ser positivo sobre los incentivos financieros de un artista para crear música. La desconexión entre la copia y la creatividad se debe al hecho de que la inmensa mayoría de los artistas no obtienen ganancias de la venta de música. La gran mayoría obtiene sus

¹⁵⁴ KU, Op. Cit. p. 27.

¹⁵⁵ Ibid., p. 28.

¹⁵⁶ Ibid., p. 29.

ganancias de las presentaciones en vivo u otras fuentes alternativas. Por ende, concluye KU, el efecto de la copia de los consumidores sobre los incentivos para la creación es mínimo, en gran medida porque la creación musical no se sostiene en las ventas de copias.

Dado que el *copyright* aparece irrelevante para la creación y distribución digital, KU sostiene que internet y las tecnologías digitales en general han destruido creativamente el *copyright*, en lo que respecta a la protección de la música.¹⁵⁷ A la luz de la nueva economía de la tecnología digital, las justificaciones económicas subyacentes al *copyright* no admiten la restricción de la distribución de música por Internet. Para KU, esta conclusión es congruente con el sistema del *fair use*.

Destrucción creativa y *fair use*

Siguiendo a KU, los principios de la teoría de la destrucción creativa definen más acertadamente que la teoría de la falla de mercado el análisis del *fair use* cuando se trata de la copia de obras protegidas.

La copia de los consumidores debe ser considerada *fair use* cuando se satisfacen dos condiciones:

- a) La copia es hecha por el consumidor de la obra y,
- b) El esfuerzo creativo no depende de fondos provenientes de la venta de copias.

Refiriéndose a estas condiciones, KU señala:

Estas dos condiciones no son de ninguna manera exclusiva o necesariamente la mejor articulación de cuando la destrucción creativa del *copyright* se ha producido. Representan, sin embargo, lo que creo que es el caso más claro para el tratamiento de la destrucción creativa como *fair use*. Por supuesto, también es preciso indicar que cuando un competidor hace copias disponibles, el público también corre con los gastos de distribución, aunque sea indirectamente. Sin embargo, aunque la copia no pone en peligro los incentivos futuros para

¹⁵⁷ Ibid., p. 29.

crear, uno podría preguntarse si la competencia entre los distribuidores con fines de lucro y el creador de una obra es una cuestión de equidad o de economía.¹⁵⁸

De acuerdo con el propósito general del *copyright*, la primera condición reconoce el *fair use* bajo circunstancias en las que el público consumidor no es del tipo corredor libre en la distribución, debido a que el consumidor de la obra adquiere los componentes y servicios para crear y distribuir las copias. La segunda condición limita los resultados de *fair use* a las circunstancias en las que el público consumidor ha internalizado los costos de la creación en otros mercados.¹⁵⁹

KU señala:

Cuando se cumplen ambos requisitos, la copia no es una prueba de una falla de mercado. En su lugar, se trata de un mercado en funcionamiento para obras creativas, en el que la innovación más que la ley, aborda el problema de baja producción provocada por la naturaleza de bien público de las obras creativas. Por otra parte, el concepto de destrucción creativa, explica lo que de otro modo podrían ser consideradas opiniones más críticas o insatisfactorias, proporcionando una concepción del mercado que compite con el ofrecido por el enfoque de la falla del mercado.¹⁶⁰

El análisis de KU se orienta a abordar las nuevas políticas tecnológicas de restricción al acceso de contenidos desde una perspectiva más amplia, que encara los conflictos económicos de la revolución tecnológica desde los que debieran ser los verdaderos objetivos de protección de la legislación de propiedad intelectual:

Reconociendo la destrucción creativa como *fair use* antes que como falla del mercado, como única justificación para el *fair use*, se alteran radicalmente los términos del actual debate en torno al *copyright* y las tecnologías de administración digital de derechos (TAD). En lugar de justificar una expansión sin fin del control sobre las obras de creación, el *fair use* se convierte en una limitación vital interna al *copyright*. Por lo tanto, si el propósito de

¹⁵⁸ Ibid. p. 29. Traducción libre.

¹⁵⁹ Ibid., p. 30. Traducción libre.

¹⁶⁰ Ibid., p. 30. Traducción libre.

las TAD es proteger el *copyright*, los derechos de *fair use* (incluida la copia de los consumidores) deben ser incorporados en las TAD.

Ku concluye:

Por otra parte, las restricciones legales sobre el *fair use*, como las que se encuentran en la DMCA o las que están pendientes en el Congreso, deben entenderse como lo que son: la creación de nuevos derechos para los propietarios de *copyrights* y la destrucción de los derechos que gozaba el público. Si el derecho y la tecnología se utilizan para hacer cumplir esas restricciones, el público, jueces y legisladores deben entender que esas restricciones no están justificadas por el *copyright*. En cambio, son las alteraciones de los «contornos tradicionales de protección del *copyright*».¹⁶¹

KU afirma que estas nuevas tecnologías tienen el potencial indudable de demoler el frágil equilibrio de los intereses públicos y privados que la evolución del *copyright* ha alcanzado. Pero a la vez, señala, estas tecnologías pueden romper el equilibrio a favor de los propósitos subyacentes al *copyright*, esto es, el incentivo de la creatividad y la promoción del progreso científico y artístico.¹⁶² En este contexto de destrucción creativa del *copyright* sobre contenidos digitales, se observa que ha sido la innovación, y no la ley, la que ha posibilitado una acelerada adaptación de los mercados y la creatividad ante los conflictos asociados a las bajas de productividad debido a la naturaleza de bien público que cobra la obra protegida en formato digital.

KU, al definir el *fair use* desde la destrucción creativa, nos acerca a una perspectiva más cercana – y acertada, a nuestro parecer- al contexto tecnológico que se nos aproxima, el que ha sido resistido y apenas vislumbrado por la sistemática proteccionista del actual régimen del *copyright*.

¹⁶¹ Ibid, p. 36. Traducción libre.

¹⁶² Ibid, p. 36.

Capítulo III.

Los problemas actuales del *Fair Use*

Desde sus inicios, el *fair use* ha tenido problemáticas asociadas a su falta de certeza, al alto costo que puede involucrar el llegar a juicio y la comprometedoras responsabilidad ante una sentencia desfavorable. En la práctica, estos riesgos han sido tolerados por una ciudadanía enterada de sus beneficios, pero cada vez más amedrentada en su uso.¹⁶³

Actualmente, sin embargo, las dificultades más serias que experimenta esta doctrina están fuera de su concepto e infraestructura, que ponen en cuestión su propia subsistencia.

Como ya se ha visto, el *fair use* enfrentan serias amenazas producto de la inflación proteccionista del régimen de propiedad intelectual internacional frente al advenimiento de las nuevas tecnologías. Como observa SMIERS, la industria de contenidos ha fortalecido la protección de sus intereses más intensamente por fuera del *copyright*, a través de leyes contractuales y medidas tecnológicas de protección, que han querido vaciar de contenido al *fair use* -entre otras garantías a favor del interés público- comprometiendo seriamente el equilibrio de todo el sistema de propiedad intelectual en todo el mundo.¹⁶⁴

A continuación, veremos los principales focos de conflicto que actualmente enfrenta el *fair use*.

1. Incertidumbre jurídica.

Desde sus inicios, el *fair use* ha sido objeto de desconfianzas por su dificultad de predicción y su consecuente incertidumbre jurídica. Debido a la adaptabilidad y subjetividad asociada a la interpretación de los cuatro factores, se plantea que incluso el

¹⁶³ Ejemplo de ello es la fuerte tendencia al pago de licencias para usos en los que la concurrencia del *fair use* eximiría de pago, lo que ha llevado a un sector de la doctrina norteamericana a identificar este contexto como el de una “cultura autorizada”. Ver análisis completo en el acápite 3 del presente capítulo.

¹⁶⁴ SMIERS, Joost. Op. Cit. p. 110.

más riguroso análisis no logra necesariamente predecir el resultado.¹⁶⁵ En este sentido, para LESSIG el *fair use* es tan incierto que no es otra cosa que el derecho a contratar un abogado.¹⁶⁶

Abundan casos donde los cambiantes resultados interpretativos para situaciones similares dan sustento a estas críticas. Como se vio más arriba, un ejemplo de ello es la discusión en torno al *sampling* en la música *hip hop*, donde el concepto de *de minimus sampling* – *sampling* de un mínimo de acordes– cobró notoriedad a propósito de la sentencia sobre el caso *Bridgeport Music v. Dimension Films* que estableció como regla general la famosa cita *Get a license or do not sample*.¹⁶⁷ La decisión transformó significativamente la creatividad e industria del *hip hop*,¹⁶⁸ demostrando a su vez que los criterios que los tribunales emplean en este tipo de casos pueden llegar a fuentes inesperadas, que marginan por completo las defensas desde el *fair use*. No obstante, en esta sentencia la Corte enfatizó que la decisión en ella tomada no excluía la procedencia de otras defensas, tales como el *fair use*, lo que en atención a lo resuelto, parece ser más un argumento de ajuste político.

Ejemplo de esta falta de coherencia entre decisiones sobre el mismo ámbito, es lo resuelto en el caso *Newton v. Diamond*, contemporáneo a *Bridgeport*, donde la Corte resuelve en sentido contrario. Newton, músico del jazz, demandó a Diamond, integrante y representante de la banda *Beastie Boys*, por usar tres notas en un *tape-loop*, pertenecientes a un tema original de autoría de Newton. Diamond había obtenido derechos de la discográfica de

¹⁶⁵ HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Op. cit. p. 10.

¹⁶⁶ LESSIG, Lawrence. *Cultura Libre: Como los Grandes Medios usan la Tecnología y las Leyes para encerrar la Cultura y Controlar la Creatividad*. 2004. p. 126. Disponible en [<http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf>] Consulta 16 de enero 2012.

¹⁶⁷ Ver *Bridgeport Music. v. Dimension Films*, 410. F.3D 792 (6th Cir. 2005). Disponible en [<http://www.invispress.com/law/copyright/bridgeport.html>] Consulta 24 de marzo 2012.

¹⁶⁸ El autor Vaidhyathan describió este contexto gráficamente: “(...) a principios de los años 90, noté que la música (de rap) estaba cambiando. (...) el repertorio fundamental de *samples* se estaba reduciendo, era más predecible, más obvio y menos alegre. Yo había escuchado que había habido algunos conflictos de copyright en 1990 y 1991. Entonces sospeché que los litigios habían paralizado la creación de composiciones de *sampling* alegres y transgresivos. Tenía razón. Los tribunales le habían robado el alma. Y la música rap es más pobre por ello. Solíamos tener sonidos frescos y emotivos, que eran un lenguaje en sí mismos. A mediados de la década de los 90, todo lo que obtuvimos fue ronquidos de un motor y unos bajos pesados.” En VAIDHYANATHAN, Siva, *On copyrights and wrongs*. Entrevista disponible en [<http://interviews.slashdot.org/article.pl?sid=02/05/15/166220>]. Consulta 13 de marzo 2012.

Newton, pero no del mismo autor. El tribunal falló a favor de Diamond, señalando que el *sample* de tres notas era demasiado corto como para ser protegido por *copyright*, y que constituiría un caso de *de minimis*. A la apelación de Newton la Corte de Apelaciones respondió que la copia trivial no constituye infracción recurrible en virtud del derecho de autor, definiendo a su vez el concepto de *de minimus copying* como lo que una audiencia promedio no reconocería como una apropiación.¹⁶⁹

Desde el punto de vista de la sistemática del tercer factor del *fair use*, esta sentencia resuelve en atención a que la cantidad copiada, y la importancia de la porción sustraída no llegan a ser lesivas del *copyright* reclamado. De los antecedentes de este caso, como ocurre en una gran mayoría de los casos relacionados al *sampling*, resulta evidente que dicha apropiación sólo sería lesiva en la medida de que ésta fuera reconocible como tal, aún tratándose de una cantidad insignificante. Sin embargo, y pese a su aparente obviedad, las resoluciones sobre casos semejantes pueden tener resultados dramáticamente opuestos.

Como Mueller observa:

En *Newton*, el Noveno Circuito determinó que las dos obras no fueron sustancialmente similares como cuestión de derecho. El tribunal determinó que, cuantitativamente, la porción usada en el *sample* duró aproximadamente dos segundos, y comprendía aproximadamente el dos por ciento de la composición de Newton, «Corto». El tribunal también determinó que este fragmento no era cualitativamente más importante que ningún otro fragmento de la composición de Newton. La Corte en *Bridgeport*, en cambio, decidió que cuando el *sample* digital está implicado, no se requiere ningún análisis de similitud sustancial. El tribunal en parte basó esta conclusión en la creencia de que todos los *samples* toman, necesariamente, algo de valor. Sin embargo, la propia Ley de *Copyright*, y el informe de la Cámara de la misma, indican claramente que el análisis de similitud sustancial debe aplicarse en todos los casos de infracción de *copyright*, y que las

¹⁶⁹ Ver *Newton v. Diamond*, 9th Cir. 2004, relación y otros detalles de la sentencia disponibles en : [\[http://www.invispress.com/law/copyright/newton.html\]](http://www.invispress.com/law/copyright/newton.html) Consulta 14 de agosto 2012; MUELLER, Jennifer R.R., All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling, 2006, Indiana University School of Law, Indiana Law Journal. Disponible en [\[http://www.law.indiana.edu/ilj/volumes/v81/no1/22_Mueller.pdf\]](http://www.law.indiana.edu/ilj/volumes/v81/no1/22_Mueller.pdf) Consulta 18 de agosto 2012.

grabaciones sonoras no deben ser tratadas de forma diferente. Bajo la regla de *Bridgport*, sólo sería necesario probar la concurrencia de una copia real con el fin de demostrar la infracción; las dos obras no tendrían que ser ni remotamente similares entre sí.¹⁷⁰

El criterio empleado por la Corte en *Bridgport* se desentiende de la concurrencia del tercer factor del *fair use* –cantidad e importancia de la porción sustraída- y en cambio, se basa en la normativa para las grabaciones sonoras, también regulada en la *Copyright Act*, párrafo § 114(b). Según esta norma, y en atención al párrafo § 106 del Acta, que establece derechos exclusivos del titular del derecho para la realización y autorización de trabajos derivados de su obra original, tales como reproducir el trabajo protegido en copias o fonogramas o preparar trabajos derivados basados en la obra original protegida, el derecho a reproducir la obra se limita a el derecho de duplicar la grabación de sonido en forma de fonogramas (...) que directa o indirectamente recapturan los sonidos reales fijados en la grabación. El derecho a preparar obras derivadas bajo el § 106 también está limitado en virtud del § 114 (b) a el derecho a preparar una obra derivada en la que los sonidos reales fijados en la grabación de sonido se *re-arreglan*, mezclan, o alteran en su secuencia o calidad.¹⁷¹ Como el *sampling* digital involucra la copia de sonido real pregrabado, es considerado una violación al derecho de reproducción de grabaciones sonoras bajo este artículo. Sin embargo, en esta interpretación se pierde de vista que si la obra protegida con *copyright* es una grabación sonora, el derecho exclusivo de reproducir la obra y preparar trabajos derivados se limita al uso del sonido real, y no al que corresponde al material usado en el *sampling*, que es el sonido imitado.¹⁷²

Por otra parte, el *sampling* digital por lo general altera el sonido real pregrabado para su colocación en otra grabación de sonido –existe cierto carácter transformativo-, lo que constituye, en virtud del § 114 (b), una violación del derecho exclusivo a preparar obras

¹⁷⁰ MUELLER, p. 443. Traducción libre (énfasis añadido).

¹⁷¹ WATSON, Margaret E., UNAUTHORIZED DIGITAL SAMPLING INMUSICAL PARODY: A HAVEN IN THE FAIR USE DOCTRINE?, *Western New England Law Review*, Volume 21 (1999) Issue 2 Symposium: Employment Practices Liability Insurance and the Changing American Workplace Article 9., pág. 477. Disponible en: [\[http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=lawreview\]](http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=lawreview) Consulta 13 de agosto 2012.

¹⁷² *Ibid.*, p. 477.

derivadas de grabaciones sonoras. Gran parte de la controversia sobre el *sampling* digital se genera donde el sonido original está tan alterado que apenas puede ser considerado como el «verdadero» sonido capturado desde la grabación original. Concurren en estos casos los factores primero -uso transformativo- y tercero -cantidad e importancia de la porción sustraída- del *fair use*, más los párrafos § 106 y § 114 (b), en abierta contradicción.

Los alcances interpretativos de *Bridgeport* generan una serie de dudas en torno a la tendencia que cada tribunal adoptará para cada caso, pudiendo variar en diversos criterios, dentro y fuera de la sistemática del *fair use*.

En el ámbito de la música, en particular en el *sampling*, la discusión actual apunta al enorme riesgo al que se exponen quienes se atreven a hacer uso de un *de minimis sampling* fundándose en una defensa de *fair use*, por la falta de certeza jurídica que rodea a esta defensa ante un escenario jurisprudencial que confecciona nuevas fórmulas interpretativas desde la misma la ley, con un carácter restrictivo e impredecible frente a la procedencia del *fair use*.

Los criterios de análisis aparecen de forma contradictoria en distintos ámbitos de la creación: en televisión, por ejemplo, casos como el de la serie *Twin Peaks*, de 1993, donde la corte resolvió que un libro consistente en resúmenes de episodios de la serie de tv no calificaban como *fair use*; lo mismo para la publicación de un libro de *trivia* basado en la serie *Seinfeld*.¹⁷³ En ambos casos, las cortes señalaron que se habría incurrido en una copia directa, donde no concurrirían usos transformativos de las obras originales, por lo que dichos usos estarían interfiriendo en el mercado potencial de obras derivadas del titular del *copyright* original. La calidad transformativa de este tipo de trabajos fue tema de arduo debate en ambos casos, de resoluciones opuestas en las distintas instancias judiciales. En la novela de Alice Randall, como se vio más arriba, una parodia y crítica de *Gone with the Wind*, donde se utilizaron elementos fundamentales de la trama y personajes originales, la Corte de Apelaciones consideró esta obra como *fair use*, revirtiendo la resolución del

¹⁷³ HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Op. cit. pág. 10. Los casos citados: *Twin Peaks Productions v. Publications Int'l* (2d. Cir. 1993); *Castle Rock v. Carroll Publishing*.

tribunal inferior, que había suprimido el libro, por estimarse excesiva la apropiación de material de la obra original, ello pese al carácter transformativo del trabajo de Randall.¹⁷⁴

Como puede observarse, en torno a estos casos se produce una justificada percepción de que el sistema legal y jurisprudencial alberga la potencialidad de contradicciones de peso al momento de aplicar estos factores de configuración flexible, adaptables caso a caso. Pero existen poderosos argumentos que dejan esta percepción en mera apariencia y que apuntan precisamente, a que es esa naturaleza flexible la que sostiene el equilibrio democrático del sistema del *copyright* norteamericano.

Las circunstancias de cada caso siempre involucrarán elementos distintos entre sí, que definirán una evaluación también diversa en su propio contexto. Pero ello no conlleva a que el sistema completo sea incapaz de arrojar una base de predictibilidad. Como Pamela SAMUELSON ha señalado, la actual legislación del *fair use* «es probablemente más coherente y más predecible de lo que muchos comentaristas han percibido, una vez que se reconoce que los casos de *fair use* tienden a caer en patrones comunes».¹⁷⁵

En conformidad al estudio que esta autora realizó de más de 300 casos que involucraban defensas de *fair use*, concibe un sistema de siete categorías de políticas relevantes (*policy-relevant clusters*). Estas categorías, constituidas como políticas subyacentes a los principios fundamentales del *fair use*, son:

- a) la promoción de la libertad de expresión y de opinión –crítica, parodia, noticias;
- b) el continuo progreso de la autoría –comentario, desarrollo del conocimiento;
- c) aprendizaje –enseñanza, investigación;
- d) acceso a la información –crítica, noticias, reportaje;
- e) búsqueda de la verdad –litigación, investigación;
- f) competencia, innovación tecnológica –*search engine*, ingeniería inversa; y,

¹⁷⁴ Ibid., p. 10. *Sun Trust Bank v. Houghton Mifflin* (11th Cir. 2001).

¹⁷⁵ SAMUELSON, Pamela. Op. cit. p. 2541.

g) los intereses privados y autónomos de los usuarios –copia privada-.¹⁷⁶

En palabras de SAMUELSON:

Si se analizan los supuestos usos justos a la luz de casos previamente decididos en la misma categoría de política relevante, es posible predecir en general si un uso es probable que sea justo o injusto. Las categorías de políticas relevantes no son un sustituto para la consideración adecuada de los factores estatutarios del *fair use*, sino que proporcionan una nueva dimensión al análisis del *fair use* que complementa el análisis de los cuatro factores y agudiza la conciencia sobre cómo los factores legales, a veces complementados por otros factores, debieran ser analizados en contextos particulares.¹⁷⁷

Desde la perspectiva económica del *fair use*, la teoría de la *falla* de mercado entrega también un soporte de predictibilidad. Como veíamos anteriormente, en la hipótesis de concurrir una falla de mercado completa¹⁷⁸, donde los costos de transacción crean un contorno prohibitivo para la localización y negociación entre los propietarios de *copyrights* y los usuarios potenciales, que exceden las posibles ganancias para ambas partes; en que la transferencia de una licencia de uso del titular del *copyright* al *usuario no autorizado* genera una ganancia neta en su valor social; donde no concurren remedios desde el mercado; y por último, donde el uso no ha generado perjuicio grave al titular del *copyright*, permite presuponer que la resolución será la favorable al *fair use*.

¹⁷⁶ Existen otros sistemas de categorías para el *fair use*, anteriores al de Samuelson, como el que elabora Alan Latman, conformando ocho categorías de *fair use*: 1) usos incidentales; 2) crítica o comentario; 3) parodia; 4) trabajos académicos y de compilación; 5) usos personales y privados; 6) noticias; 7) usos de litigación; 8) usos sin fines de lucro o para propósitos gubernamentales. LATMAN, Alan. *Fair Use of Copyrighted Works*, Study No. 14, Copyright Law Revision, Studies Prepared for the Subcomm. On Patents, Trademarks and Copyrights, S. Comm. On the Judiciary, 86th Cong. p. 3, 8-14. (1960). Michael Madison, por su parte, propone un modelo de 8 categorías de *fair use*: 1) periodismo y reportaje noticioso; 2) parodia y sátira; 3) crítica o comentario; 4) fines académicos o de investigación; 5) ingeniería inversa; 6) argumentación legal o política; 7) narración de cuentos; y 8) publicidad comparativa, comerciantes de información y usos personales. MADISON, Michael J., *A Pattern- Oriented Approach to Fair Use*, 45 *Wm. & Mary L.Rev.* 1525, p. 1645-65. (2004).

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 2537. Traducción libre.

¹⁷⁸ WORDON, Wendy. *Op. Cit.* p. 1620-1622.

De la misma forma, y como se vio más arriba, la teoría de la *destrucción creativa* ofrece una base de predictibilidad diversa, para los casos de copia privada, en particular en el ámbito de la creatividad musical.¹⁷⁹

En conclusión, existen herramientas suficientes desde la doctrina, para la jurisprudencia y el público en general, que logran definir y explicar las dinámicas de aplicación del *fair use* en un contexto de mayor certeza jurídica y mejor capacidad de anticipación para la preparación de una defensa.

Como SAMUELSON observa:

(...) jueces y comentaristas deberían dejar de retorcerse las manos acerca de cuán problemática es la legislación del *fair use*. El análisis del *fair use* a la luz de los casos previamente resueltos dentro de la misma agrupación política, hará del *fair use* un modelo más regulado, sin comprometer sus utilidades como estándar flexible para el equilibrio de una amplia gama de intereses dentro de una amplia gama de situaciones.¹⁸⁰

2. La revuelta tecnológica: la irrupción de la *Digital Millenium Copyright Act*.

2.1. DMCA y su impacto.

En una entrevista, el autor VAIDHYANATHAN sostuvo que la DMCA sustituyó el *copyright* como un conjunto fluido, abierto y democrático de protocolos conforme a los cuales se usa lo que se necesita y se afrontan las consecuencias, con un frío régimen tecnócrata.¹⁸¹

La DMCA, aprobada por el Congreso de E.E.U.U. en 1998, es una ley de amplio alcance concebida para el control del acceso a obras protegidas en formato digital.¹⁸² EE.UU.

¹⁷⁹ KU, Raymond. Op. Cit. p. 29 y ss.

¹⁸⁰ SAMUELSON, Pamela. Op. Cit. p. 2621. Traducción libre.

¹⁸¹ VAIDHYANATHAN, Siva. Op. Cit.

¹⁸² The Digital Millenium Copyright Acto f 1998. U.S. Copyright Office Summary. Documento disponible en línea en [<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>]. Consulta 15 de agosto 2012.

pretendía acabar con la piratería, prohibiendo los mecanismos de caja negra que lograban vulnerar la protección tecnológica utilizada por los titulares de *copyrights* para proteger sus derechos de explotación de sus obras en formato digital.¹⁸³ Durante la discusión del proyecto de ley que culminó con la publicación de la DMCA, el Congreso expresó:

(...) el entorno digital representa una amenaza única a los derechos de los titulares de *copyright* y, como tal, necesita protección contra los dispositivos que minan sus intereses. En contraste con la experiencia analógica, la tecnología digital permite a los piratas reproducir y distribuir copias de obras virtualmente sin costo para ellos. Como la tecnología avanza, también deben hacerlo nuestras leyes.¹⁸⁴

Con este enfoque, la DMCA estableció un criterio de control y sanción particularmente estricto, que tuvo como consecuencia inmediata la desestabilización de las garantías que rodean al *fair use*.

La DMCA es la concreción técnica de los principios aprobados en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor firmado en 1996, por cerca de 160 países. El compromiso para los países signatarios fue adaptar la legislación nacional a los parámetros de control que propone el nuevo marco jurídico de propiedad intelectual internacional.¹⁸⁵

El derecho de cada nación a encaminar el proceso de reforma legal de sus sistemas de propiedad intelectual en atención a las necesidades y circunstancias internas, se vio fuertemente intervenido mediante la firma de tratados bilaterales de libre comercio, principalmente con EE.UU. (TLC). Esto implicó que las legislaciones nacionales comprometieran gravemente los intereses nacionales en pos del cumplimiento de las

¹⁸³ CANALES, María Paz, SOFFIA, María del Pilar. Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor: análisis del derecho comparado y bases para una regulación nacional. (Memoria de título) 2007. p. 66.

¹⁸⁴ Ibid., p. 66. Cita extraída de NIMMER, David. Copyright, Sacred Text, Technology, and DMCA. La Haya. Kluwer Law International. 2003. p. 392 y 393.

¹⁸⁵ STORY, Alan, DARCH, Colin, HALBERT, Deborah. The Copy/South Dossier. Issues in the economics, politics, and ideology of copyright in the global South. The Copy/South Research Group. 2006. p. 29-40. Disponible en [<http://www.copysouth.org>] Consulta 2 de julio 2012.

condiciones impuestas por los TLC, que de esta forma logran introducir y ampliar los alcances de la sistemática legal de la DMCA alrededor de todo el mundo.¹⁸⁶

Este fenómeno expansivo de inflación proteccionista de la legislación de propiedad intelectual se viene gestando desde hace más de una década, desde la Ronda de Uruguay del GATT, de 1994, ocasión en que EE.UU. presenta a último momento el Acuerdo Global sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS según la sigla en inglés), el que sería el comienzo de un sistemático proceso de fortalecimiento del *copyright*.¹⁸⁷ Los TRIPS han tenido un éxito decisivo, al punto de hacer desaparecer toda duda en la legitimidad o justicia de un sistema de derechos de propiedad intelectual de estas proporciones de expansión y restricción.

Como observa Joost SMIEERS:

Estas barricadas tecnológicas se sortean ante nuestros propios ojos; de ahí que se elaboraran la *Digital Millennium Copyright Act* y su equivalente europea, la Directiva sobre el derecho de autor de la Unión Europea, de 2001. El paso de un cercado legal a la delimitación digital del acceso a las manifestaciones creativas y los conocimientos parece lógico y para las industrias es un proceso impresionante: «Con el cambio de las metáforas, de algún modo se nos ha llevado a creer de forma engañosa que el *copyright* siempre ha tenido la finalidad de ofrecer control exhaustivo a los propietarios de los contenidos, sólo que antes no se disponía de los medios para ejercerlo».¹⁸⁸

La DMCA es una legislación técnica, primordialmente restrictiva, de una normativa que va mucho más allá de las clásicas normas de control internas de E.E.U.U., al punto de generar una peligrosa desestabilidad en sus bases constitucionales. Ha producido en la práctica diversas consecuencias negativas en la legislación interna e internacional de propiedad intelectual. Ha comprometido el equilibrio básico entre los intereses de los titulares de *copyright* y de la sociedad en su conjunto, al debilitar la aplicación de las excepciones y

¹⁸⁶ Ibid. p. 30.

¹⁸⁷ Ibid., p. 31.

¹⁸⁸ SMIEERS, Joost. Op. Cit. p. 63, citando a la autora Jessica Litman, *Digital Copyright*, Amherst-New York, Prometheus Books, 2001.

limitaciones del *copyright*, entre otras, el *fair use*. Sus alcances, en particular desde las Medidas Tecnológicas de Protección, comprometen garantías fundamentales, tales como la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el derecho a la educación, la privacidad, la igualdad ante la ley, entre otras.¹⁸⁹

A través de la DMCA se puede impedir todo tipo de acceso a trabajos protegidos, incluso en los casos en que dicho acceso sería legítimo en base al *fair use*. El artículo 1201 de la ley¹⁹⁰ declara ilegal la fabricación de cualquier dispositivo capaz de eludir una medida tecnológica de protección (MTP, por sus siglas en inglés). Como se dice en el lenguaje de la ley, la utilización de tal dispositivo es neutral a la intención del usuario. Independientemente de si tal dispositivo se utiliza con el fin de eludir las MTP para el ejercicio de legítimos derechos de *fair use*, o para infringir ilegalmente los derechos del titular del *copyright*, la ley sigue siendo neutral. En su raíz, el acto de elusión es suficiente para acusar a una persona, tanto civil como penalmente.¹⁹¹ Las sanciones establecidas por la ley para el caso de infracción de las normas antielusión han sido calificadas de extremadamente altas y desproporcionadas en relación a otras conductas sancionadas por el derecho.¹⁹²

Se suma a esto la responsabilidad que la ley entrega a los prestadores de servidores de internet (ISP, por sus siglas en inglés), para ser los encargados de la aplicación de las *take-down notices*, avisos que el titular del *copyright* puede requerir al ISP cuando crea que se está infringiendo su derecho, para que dicho infractor retire el material de la red tras ser advertido, o se apliquen las sanciones correspondientes en caso contrario. En caso de no ser

¹⁸⁹ CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 213-226.

¹⁹⁰ The Digital Millenium Copyright Act, 1998. Title I. Chapter 12. Copyright Protection and Management Systems. Sec. 1201-1205. Disponible en <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

¹⁹¹ VILIMPOC, Max. The Digital Millennium Copyright Act. Observations and Critical Questions. 2002 WISE Intern. p. 6. Disponible en [<http://www.wise-intern.org/journal/2002/maxvilim poc.pdf>]. Consulta 13 de agosto 2012.

¹⁹² LESSIG sostiene “si las leyes impusieran la pena de muerte por multas de aparcamiento, no tendríamos solamente menos multas de aparcamiento, tendríamos mucha menos gente conduciendo. El mismo principio se aplica a la innovación. Si la innovación se ve constantemente obstaculizada por estas responsabilidades legales dudosas e ilimitadas, tendremos una innovación mucho menos viva y mucha menos creatividad”. LESSIG, Lawrence. Cultura Libre. Op. Cit. p. 158.

removido tras el aviso, si el prestador de servicios de internet no retira o bloquea el material infractor, puede ser responsable directo por dicha infracción.¹⁹³

Los defensores de estas nuevas medidas de protección argumentan que la facilidad de copia y distribución de obras digitales con derechos de autor, que ha sido posible gracias a la tecnología reciente, requiere de nuevos instrumentos jurídicos eficaces para combatir los delitos de piratería intelectual y otras propiedades. La revolución digital se combina con la creación de redes de banda ancha que han posibilitado las condiciones que hoy ponen en peligro la estructura del sistema de *copyright* existente. Los partidarios afirman que uno no necesita mirar más allá de los casos de *Napster* y *my.mp3.com* para entender el temor legítimo de los titulares de *copyrights* frente a las prácticas de *peer-to-peer*, que permiten la distribución generalizada y no autorizada de obras protegidas. Por lo tanto, la lucha anti-elusión de las medidas de la DMCA se limitaría a restaurar el equilibrio de la ley, a favor de la protección del *copyright* en una situación de crisis.¹⁹⁴

Sin embargo, lo evidente en la actualidad es que las disposiciones de la DMCA cambiaron significativamente las reglas del juego y, según muchos analistas, amplió drásticamente los poderes de control de los titulares de *copyrights*. Por consiguiente, la DMCA, en particular sus disposiciones anti-elusión de MTP, prometen seguir siendo fuente de controversia a lo largo de los próximos años.¹⁹⁵

La DMCA bien puede ser considerada como el punto de inflexión de este proceso de ampliación constante de los alcances del *copyright* de la era digital, que permitió las condiciones para medidas globales aún más rigurosas. Las recientes iniciativas que agudizan la tensión entre la sobreprotección de los intereses económicos de los titulares de derechos de autor y los intereses del público en general, como el SOPA (*Stop Online Piracy*

¹⁹³ Copy/South Dossier. Op. Cit. p. 39.

¹⁹⁴ HEAPHY, Mark. The Impact of the Digital Millenium Copyright Act. Wiggin & Dana, LLP. p. 3. Disponible en [<http://www.wiggin.com/files/m%20heaphy%20impact%205-5-2003.pdf>] Consulta 18 de agosto 2012.

¹⁹⁵ Análisis de algunos de los juicios más representativos de los primeros años de vigencia de la DMCA, ver VILIMPOC, Max. Op. Cit. p. 7-19, 20, 21.

Act) de 2011¹⁹⁶, ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement –Acuerdo Comercial Anti-Falsificación*)¹⁹⁷, y más recientemente, el *Trans Pacific Partnership* (TPP)¹⁹⁸, proyecto que en secreto se negocia entre nueve países del Pacífico –entre ellos, Chile- persiguen instaurar de forma definitiva un *derecho de acceso* a la información, en condiciones de control y restricción total, que pondrían en jaque, entre otras garantías fundamentales, la libertad de expresión, el acceso al conocimiento, la innovación, y la privacidad de millones de usuarios.¹⁹⁹

2.2. Medidas Tecnológicas de Protección

Las MTP han logrado crear una verdadera barrera para el acceso de los ciudadanos a la información y el conocimiento, dificultan el desarrollo de la ciencia y la cultura,²⁰⁰ y hoy

¹⁹⁶ WIKIPEDIA. Stop Online Piracy Act (SOPA), disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act] Consulta 24 de agosto 2012.

¹⁹⁷ WIKIPEDIA. Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (ACTA), disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement] Consulta 24 de Agosto 2012.

¹⁹⁸ Un completo análisis de las principales propuestas de esta negociación y su impacto para el derecho de autor global en FLYNN, Sean M., BAKER, Brook., The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement. *American University International Law Review*, Vol. 28. No. 1. 2012. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185402]. Consulta 19 de diciembre 2012. El artículo advierte que de aprobarse esta propuesta, se alteraría gravemente el actual marco de equilibrio de intereses de titulares de derechos de autor y el interés público, al contener normas insuficientes para esos objetivos; afectaría especialmente a países en vías de desarrollo, en donde los riesgos y efectos de los costos de exclusión por mercados monopolistas de propiedad intelectual son más agudos; la orientación general de la propuesta entra en conflicto con el programa de desarrollo en actual debate en la OMPI, que contiene un enfoque más fuerte en la armonización de limitaciones y flexibilizaciones en la ley de propiedad intelectual internacional; amenaza a su vez las políticas de organismos multilaterales hacia la protección de las flexibilidades de los ADPIC, para promover el acceso a medicamentos en países en desarrollo; la propuesta realizaría estos cambios en el contexto de un nuevo y poderoso sistema de resolución de controversias que ampliaría en gran medida la situación, el lugar y las causas de acción que podrían ser utilizadas para cuestionar las políticas nacionales, incluso a través de acciones directas de empresas contra los Estados. Estas iniciativas, entre otras, muestran que se trata de una propuesta desequilibrada, que emana de un proceso de negociación desequilibrado.

¹⁹⁹ Electronic Frontier Foundation. *Defending your rights in the digital world*. Información disponible en [<https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/whats-wrong-tpp>]. WIKIPEDIA. *Trans Pacific Partnership* [http://es.wikipedia.org/wiki/Acuerdo_Estrat%C3%A9gico_TransPac%C3%ADfico_de_Asociaci%C3%B3n_Econ%C3%B3mica] Consulta 25 de agosto 2012.

²⁰⁰ En este sentido, el derecho de autor como derecho humano se encuentra en abierto conflicto con las MTP. Un completo análisis de los alcances de estas nuevas tecnologías sobre las garantías fundamentales del derecho de autor en La propiedad intelectual como derecho humano. Boletín de derecho de autor, volumen

están transformando en letra muerta las prerrogativas de equilibrio tradicionalmente otorgadas a través de las limitaciones y excepciones al *copyright*.²⁰¹

Para algunos autores, si bien las MTPs surgen como respuesta ante la amenaza tecnológica de vulneración masiva del *copyright*, tienen como fundamento último la protección de un modelo de negocios, basado en la distribución de contenidos protegidos, antes que el resguardo de los *copyrights*.²⁰² Como señala la autora Jane GINSBURG, las MTP están diseñadas para proteger un modelo de negocios basado en la discriminación por precio de acuerdo a la intensidad de uso.²⁰³

Siguiendo estas posiciones, es posible concluir que el principal interés resguardado por las MTP es de carácter privado y comercial, de forma que los intereses públicos que integran el derecho de autor son desconocidos y progresivamente excluidos del ámbito de protección de la legislación de propiedad intelectual.

i. Alcances de su normativa

Las medidas tecnológicas de protección han sido conceptualizadas como «toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por el *copyright*, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes o de la ley».²⁰⁴

xxxv, n° 3, julio- septiembre 2001. Ediciones UNESCO. Disponible en [<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>]

²⁰¹ CANALES, María Paz, SOFFIA, María del Pilar. La regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección de los Derechos de Autor y el Dilema del Acceso a la Cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?, artículo publicado en Acceso a la Cultura y Derechos de Autor, edición de Alberto Cerda, ONG Derechos Digitales, 2008. p. 125.

²⁰² CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 211.

²⁰³ GINSBURG, Jane. From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law. Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group. Paper number 8 (2003), p. 16. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493] Consulta 25 de agosto 2012.

²⁰⁴ CANALES, María Paz. (2008). Op. Cit. p. 125.

La DMCA establece en la sección 1201(a) (1) (a): Ninguna persona podrá eludir una medida tecnológica que controle eficazmente el acceso a una obra protegida por este título.²⁰⁵

A continuación, en la sección 1201 (b) establece la prohibición de fabricar, importar, ofrecer o proporcionar cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, diseñado con el fin de eludir las MTP que protegen el *copyright* de un contenido.

Sin embargo, en la misma sección, apartado (c), la ley establece que:

- (1) Nada en esta sección deberá afectar derechos, recursos, limitaciones o defensas ante la infracción de *copyright*, incluido *fair use*, bajo este título.

Como puede observarse, la aparente garantía que la ley establece para no comprometer las limitaciones y excepciones al *copyright*, incluido el *fair use*, es inoperante ante la norma que prohíbe la fabricación y distribución de procedimientos o dispositivos destinados a la elusión de MTP que controlan el acceso a las obras, ya que impediría a toda persona legitimada por una limitación o excepción, o legitimado por una defensa de *fair use*, el acceso a estas obras para ejercitar dichas garantías.

Sumado a esto, por la infraestructura de la ley, tenemos que por la forma en que fueron redactadas las prohibiciones de elusión, de forma independiente a las normas de infracción de *copyright* propiamente tal, el *fair use* resulta doblemente inoperante frente a dichas prohibiciones, que sólo se refieren a las conductas infractoras por ellas tipificadas – conductas elusivas de medidas tecnológicas-, y no así a las conductas infractoras de *copyright* propiamente tal (por ejemplo, obra derivada no autorizada).

Esto explica que la sección 1201(c) (1) haya sido interpretada desde el momento de su redacción en el Congreso, como una norma que presupone como condición previa al ejercicio del *fair use* el haber obtenido legítimo acceso a la obra, sin que la señalada

²⁰⁵DMCA, Op. Cit.

disposición de pie a la posibilidad de eludir los controles de acceso a las obras con dicha finalidad.²⁰⁶ Como ha señalado HURWITZ, esto equivale a «garantizar a todos los individuos el derecho a volar, pero prohibir la distribución o explotación comercial de aviones, helicópteros, planeadores, *jets* y todo otro tipo de implementos tecnológicos que permitan volar».²⁰⁷

Los tribunales sostienen que la DMCA logra cumplir con la promesa de no afectar la aplicación del *fair use*, ello pese a no poder garantizar su ejercicio sobre las obras con protección tecnológica. En el caso *321 Studios v. MGM Studios*, de 2004, la Corte señaló:

(...) la sección 1201 no elimina el *fair use*, la doctrina del *fair use* no garantiza la copia por el método óptimo o en idéntico formato que el original. El *fair use* es todavía posible bajo la DMCA, aunque tal copia no sea fácil, exacta, o manipulable digitalmente como el demandante desea.²⁰⁸

Como se vio más arriba, este carácter neutral de la regulación de las medidas tecnológicas de protección, y las severas sanciones a su infracción, comprometen gravemente los equilibrios básicos del sistema de propiedad intelectual, poniendo en riesgo los principales objetivos de todo el sistema del *copyright*.

ii. MTPs y sus conflictos con los derechos fundamentales.

La falta de compromiso con los intereses públicos que integran el *copyright* ha generado una delicada contradicción con derechos fundamentales estrechamente vinculados al ejercicio del *copyright*.

Creadores corren peligro de perder el control de sus obras, se ha restringido el libre intercambio de información, comprometiéndose la innovación, y se incrementa el peligro

²⁰⁶CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 63

²⁰⁷ Ibid. p. 63-64. Cita extraída de HURWITZ, Daniel. A proposal in Hindsight: Restoring Copyright's Delicate Balance by Reworking 17 U.S.C. 1201. Documento disponible en línea [http://www.lawtechjournal.com/articles/2005/01_050528_hurwitz.pdf] Consulta 23 Agosto 2011.

²⁰⁸ Cita extraída de HURWITZ, Daniel. Op. Cit. p. 29.

de privatización sobre los recursos de dominio público, como el patrimonio cultural y biológico de la sociedad en su conjunto.

Algunos de los conflictos más relevantes entre la protección tecnológica y jurídica de las MTP y los derechos fundamentales:

- a. **MTP y el acceso a la cultura:** las medidas tecnológicas de protección de la DMCA han instaurado un verdadero «derecho de acceso»,²⁰⁹ al operar con este carácter *neutral* que no distingue si la acción elusiva se funda en un legítimo derecho, y por otra parte, mediante las severas sanciones para la elusión de las MTP. Esto conlleva una intensa vulneración de las mínimas garantías para el acceso a la cultura, coartando a su vez herramientas fundamentales para el correcto ejercicio del derecho a la educación.²¹⁰ Estos bloqueos de acceso representan un factor adicional de división social y de exclusión, entre las personas o naciones con mayores recursos para el pago por cada uso de obras protegidas y aquellos que no los poseen, profundizando de esta forma la desigualdad socio-económica.²¹¹ Por ello, la subsistencia de las limitaciones y excepciones tradicionales del derecho de autor en atención a estos factores de exclusión y desigualdad, resultan fundamentales para lograr un *equilibrio que propenda a una sociedad más equitativa*.

²⁰⁹ Entendido como la privación de las garantías enunciadas en el artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece el derecho que toda persona tiene “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Ver *La propiedad intelectual como derecho humano*, UNESCO, 2001. Op. Cit.

²¹⁰ CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 215.

²¹¹ COPY/SOUTH Dossier. Op. Cit. p. 29 y ss. En el dossier, los investigadores concluyen que el control al acceso de las obras protegidas a través de medidas tecnológicas tiene como consecuencia calculada la total dependencia de los países más pobres a la producción de bienes culturales, científicos, o tecnológicos de los países más ricos, generando una especie de “congelamiento” de la división del trabajo, situando a los países pobres como importadores netos de “capital de información” a escala masiva. Los exportadores netos –los países del Norte industrializado- consolidan de esta forma, a través de las nuevas tecnologías, un modelo monopólico que evita eficazmente cualquier otra acumulación potencialmente competitiva, y obstruyen las posibilidades de desarrollo social y económico de las naciones en vías de desarrollo.

- b. **Libertad de expresión:** la forma tradicional de compatibilizar la libertad de expresión y el libre acceso a la información con los fines del derecho de autor, ha sido a través de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, en particular, desde el derecho a la cita, a la crítica, el derecho a la parodia, y otras excepciones que auspician la investigación, la educación y la información.²¹² Las dificultades de acceso originadas por las MTP y sus sanciones han puesto en serio peligro el ejercicio de estas libertades, impidiendo la libre circulación del conocimiento y obstaculizando el proceso creativo que por mucho tiempo fuera posible gracias a los tradicionales accesos garantizados por la ley y la Constitución. En este sentido, la tácita derogación que la DMCA produce sobre el *fair use* y todo el listado de excepciones y limitaciones de la ley, ha puesto en una situación crítica el ejercicio de este derecho fundamental como nunca antes.
- c. **Privacidad:** la revolución digital ha permitido que toda persona pueda acceder de manera amplia y anónima a todo tipo de obras, mas el actual desarrollo de tecnologías de control de acceso a obras protegidas ha puesto en peligro esa libertad y anonimato, comprometiendo el derecho a la privacidad en sus diversas manifestaciones.²¹³ Las mismas tecnologías que permiten marcar las obras o protegerlas contra los usos no autorizados pueden ser utilizadas para obtener información personal y privilegiada de los usuarios de la red. Si bien existen mecanismos para la fiscalización de estas posibles prácticas, tales como la normativa del tratamiento de datos personales o las normas de protección del consumidor, la naturaleza expansiva e *invisible* de estas nuevas tecnologías hace deseable y necesario el diseño de una regulación más equilibrada y transparente, que abogue por la protección de la privacidad de los usuarios.
- d. **Igualdad:** un sistema de MTP que no contempla un sistema de limitaciones y excepciones del derecho de autor, y que no admita su elusión en los casos justificados, tendrá necesariamente efectos discriminatorios.²¹⁴ En este progresivo

²¹² CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 218.

²¹³ Ibid., p. 220.

²¹⁴ Ibid., p. 223.

contexto del «derecho de acceso», en que cada utilización de obras intelectuales debe ser remunerada, anulando la posibilidad de realizar diversos usos que usualmente fueron tolerados por el derecho de autor, conduciría inevitablemente, como se vio anteriormente, a una discriminación abierta entre quienes tienen los medios económicos para acceder a estos bienes intelectuales y quienes no, profundizando las brechas de desigualdad entre personas y naciones.

2.3. La DMCA y el Tratado de Libre Comercio entre E.E.U.U. y Chile

En noviembre del 2003, la legislación sobre derechos de autor chilena formalizó la obligación de su reforma legal, con la firma del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC²¹⁵, y con el Tratado de Libre Comercio con EE.UU²¹⁶.

La firma del TLC comprometía la ejecución inmediata de las obligaciones contenidas en el acuerdo, con un plazo de cinco años para su total incorporación, destacando, entre otras reformas, el aumento del plazo de protección de los derechos de autor de 50 a 70 años contados desde la muerte del autor, el aumento de las sanciones civiles y penales por piratería, una nueva regulación para la información sobre gestión de derechos de autor, un régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet y la incorporación de un nuevo derecho exclusivo para cubrir los usos de obras protegidas en la red. Estas últimas tienen como fuente directa la *Digital Millenium Copyright Act*.²¹⁷

²¹⁵ Ley N° 19.912. Diario Oficial de 4 de noviembre de 2003. Disponible en [<http://s.bcn.cl/1n7u>] Consulta 3 de septiembre 2012.

²¹⁶ Ley N° 19.914. Diario Oficial de 19 de noviembre de 2003. Disponible en [<http://s.bcn.cl/1n7t>] Consulta 3 de septiembre 2012.

²¹⁷ ALVAREZ, Daniel. En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Documento de Política 12, diciembre 2011. P. 2, 3. Disponible en [<http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>] Consulta 3 de septiembre 2012.

El régimen de limitación de responsabilidad para los prestadores de servicios de internet estipulado en el TLC es el modelo del *take-down notices* de la DMCA²¹⁸, donde afortunadamente el Congreso Nacional tuvo opción de debatir sobre cuál sería el régimen más idóneo para la ley interna, situándose en una postura de abierto rechazo ante cualquier disposición que no contemplara la intervención judicial en el proceso, en atención a las diversas garantías constitucionales que podrían verse gravemente afectadas. El rechazo a un procedimiento administrativo o privado de retiro o bloqueo de contenidos eventualmente infractores concluyó en un proyecto de ley que permitía a los prestadores de servicio sólo bloquear un contenido supuestamente infractor sin la intervención judicial, previa notificación al usuario afectado, proyecto que también fue rechazado en el Congreso en su última fase de discusión legislativa.²¹⁹ Finalmente, se creó un procedimiento judicial simplificado de retiro y bloqueo de contenidos supuestamente ilegales de internet, que permite obtener de forma expedita una orden judicial en los casos en que se cumpla con los requisitos específicos establecidos para cada tipo de servicio en cuestión.²²⁰ Esta decisión fue destacada por el relator especial de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, quien señala en su reporte:

²¹⁸ El mecanismo del *take-down notices* establecido en el Título II de la DMCA, titulado *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*²¹⁸ (Acta de Responsabilidad Limitada para Infracción en línea de Copyright) opera de la siguiente forma: Si un titular de derechos de autor detecta una posible infracción de contenido que se encuentra en Internet, tiene el derecho a solicitar daños y perjuicios al presunto infractor. Con el fin de eliminar la responsabilidad por el almacenamiento de contenido potencialmente infractor en sus servidores informáticos, el ISP es notificado y se le da un plazo determinado de días para eliminar el contenido detallado, de lo contrario, queda sujeto a la misma responsabilidad que el infractor. Independientemente de si el contenido es o no ilegal, el ISP está sujeto a responsabilidad si no cumple con el aviso requerido por el titular del derecho supuestamente infringido.²¹⁸ Una cuestión de importancia primordial que ha surgido de la aplicación de este sistema de *notificación y retirada* del Título II, ha sido su uso indebido y abusivo. Mientras que la constitucionalidad del procedimiento aún no ha sido sometida a revisión judicial, se ha dejado sentir un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión de forma generalizada entre los usuarios de Internet.²¹⁸ Con el fin de evitar una acusación por cargos de infracción indirecta, los proveedores de servicios están evitando los pleitos suprimiendo de forma inmediata los materiales infractores y no infractores por igual. Por esta razón, nunca se llega a determinar si efectivamente el contenido retirado por el servidor era efectivamente infractor del derecho reclamado. De esta forma, a través de este mecanismo se perfila un preocupante mecanismo de censura sin fiscalización.

Ver más en VILIMPOC, Max. Op. Cit. p. 19-20.

²¹⁹ Ibid., p. 3.

²²⁰ Ley N° 17.336. Cap. III. Título V. Reformada por la ley N° 20.435, publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de mayo de 2010. Disponible en [<http://s.bcn.cl/mn9>]. Consulta 3 de septiembre 2012.

43. El Relator Especial considera que las medidas de censura nunca deben ser delegadas a entidades privadas y que nadie debe ser considerado responsable por aquel contenido disponible en internet del que no sea autor. (...) El Relator Especial acoge con satisfacción las iniciativas adoptadas en otros países para proteger a los intermediarios, tales como el proyecto de ley aprobado en Chile, que establece que los intermediarios no están obligados a prevenir o eliminar el acceso a contenido generado por usuarios que infrinjan las leyes de derechos de autor hasta que sean notificados por una orden judicial. Un régimen similar se ha propuesto también en Brasil.²²¹

Hasta hoy, no se conocen casos en que se haya aplicado este régimen, por lo que aún no ha sido posible evaluar su funcionamiento. Sin embargo, esta nueva normativa ya puede considerarse un buen síntoma en cuanto a la respuesta del poder legislativo y el ordenamiento jurídico nacional ante la presión normativa internacional que hemos visto desplegarse cada vez con mayor intensidad.²²²

El TLC contempla en su apartado 17.12.82 (c) una pormenorizada regulación que establece requisitos mínimos que los Estados Partes deben cumplir para la implementación de las MTP en sus ordenamientos jurídicos.

Durante la negociación de los términos del tratado, EE.UU. tuvo un fuerte interés en lograr aproximar la futura regulación chilena a la normativa de la DMCA. Pese a ello, existen diferencias fundamentales entre las disposiciones del TLC y la DMCA. Estas son:

- a. El TLC sólo prohíbe el acto de elusión de MTP cuando dicha elusión se realiza con conocimiento de que se está haciendo.

²²¹ United Nations General Assembly. A/HRC/17/27, p. 13. Citado en ALVAREZ, Daniel. Op. Cit., p. 4.

²²² Chile figura en la Lista de Vigilancia Prioritaria del Informe 301 Especial de U.S.T.R. El informe insta a Chile a implementar las protecciones contra la elusión de las medidas de protección tecnológica; asegurar que los procedimientos administrativos y judiciales y de recursos disuasivos se pongan a disposición de los titulares en derecho; y de enmendar su régimen de responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet de modo de permitir una acción efectiva contra cualquier acto que infrinja los derechos de autor o derechos relacionados. Más detalles del informe, disponible en [<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2011/2011-special-301-report>]

- b. Las normas del TLC exigen la regulación de la fabricación y distribución de herramientas, tecnologías y dispositivos de elusión. Sin embargo, y a diferencia de las normas de la DMCA, el TLC parece tolerar el uso de herramientas de elusión para propósitos legítimos.
- c. Las normas del TLC establecen una mayor flexibilidad para la creación de nuevas excepciones adicionales a las señaladas en dicho acuerdo, y también, mayor flexibilidad para la aplicación de sanciones penales para la infracción de las normas de elusión.²²³

El concepto de MTP que estipula el TLC en su apartado 17.7.5 (f) es también más abierto en su redacción al contenido en la DMCA:

(...) cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos.

Si bien las semejanzas entre ambas normas son evidentes, la norma del TLC al establecer: «y que no pueden, de manera usual, ser eludido accidentalmente» indica la necesidad de que exista algún conocimiento *real* de la infracción, abriendo con ello un margen para que sea la decisión legislativa interna la que defina los alcances de la prohibición.

En atención al apartado 17.7.5 (a), los países contratantes se comprometen a sancionar civilmente el acto ejecutado con conocimiento de eludir las MTP que controlen el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegido. Las partes son libres para imponer eventuales responsabilidades penales por las mismas conductas elusivas.

A este respecto, y considerando los efectos y consecuencias que la DMCA ha generado con la sanción al acceso no autorizado a obras protegidas por MTP sin distinciones, es de esperarse que el enfoque para normar la sanción al acto de elusión apunte hacia la

²²³ CANALES, María Paz. Op. Cit. p. 272.

vulneración de derechos de autor, y no a la mera infracción de la tecnología de protección.²²⁴

Este proceso de reformas de la legislación interna a propósito del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el TLC, creó la oportunidad de mejorar materias pendientes por largo tiempo, como fue la incorporación de un catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor más justo y coherente a los desafíos y necesidades actuales.²²⁵ Estas reformas nos acercan a la instauración de un sistema más equilibrado y robusto que nos permitirá, en un futuro preocupantemente cercano, hacer frente a los fuertes embates proteccionistas del derecho de autor global.

3. La cultura autorizada²²⁶

El mundo comercial de las artes y la cultura en general está fuertemente cruzado por el criterio del pago de licencias: toda cita – apenas exceptuándose las más ínfimas- debe ser debidamente licenciada. La mayoría de los editores exigen a sus autores obtener permiso para todas las citas e ilustraciones. En la industria de la música, el criterio es similar. El más pequeño *sample* requiere autorización. El otrora préstamo libre en el mundo de la música, práctica esencial en el desarrollo del jazz, el blues y el *soul*, y más contemporáneamente en los inicios del rap y hip-hop, hoy en día constituye una verdadera amenaza para la cultura autorizada²²⁷, que no da un paso en falso a la hora de resguardarse de eventuales demandas por infracción de derechos de autor, lo que obliga a los artistas a cancelar cuantiosas sumas de dinero para satisfacción de los requerimientos de los sellos discográficos.

Donde más vulneración de las garantías del *fair use* se produce es en la industria del cine. La cultura autorizada administra intereses económicos de enorme importancia en este

²²⁴ Ibid., p. 275.

²²⁵ ALVAREZ, Daniel. Op. Cit. p. 4-8.

²²⁶ Un completo desarrollo del concepto de “clearance culture” (cultura autorizada) y sus alcances en BOLLIER, David., “Brand name bullies: The quest to own and control culture”, trabajo citado en HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Op.Cit. p. 5.

²²⁷ Para ver en más detalle la evolución del jazz desde la imitación y la referencia, ver paper: Kent, Robert., *Before there were samples: Imitation and Reference in Jazz*, en Harvard Law School. Signal/Noise 2K5 Creative Revolution?. Op. Cit. p. 14-19.

ámbito, que se exponen doblemente a reclamaciones millonarias de autoría. Como señala el documento de investigación *Will fair use survive?*:

(...) Estudios de la *American University* han reportado que los cineastas se enfrentan a enormes obstáculos; problemas para hallar a los titulares de derechos, pagos de licencias estratosféricas que los obliga a desechar valioso material para sus obras, y se encuentran inhabilitados para resguardarse en el *fair use* por los exigentes requisitos de las pólizas de seguro *Errores y Omisiones* (Errors and Omissions –E&O-) que se utilizan para la distribución comercial. Estos seguros requieren autorización por cada fragmento de película, fotografía, música o texto usado, incluso de tomas de edificios o marcas distintivas. El formulario del seguro no hace ninguna mención sobre el *fair use*.²²⁸

El uso de estos seguros se ha extendido considerablemente y usualmente se ofrecen como paquetes donde las compañías de medios de comunicación los incluyen forzosamente como parte del contrato para la distribución de películas. Esta tendencia ha instaurado un sistema comercial de licencias que en la práctica anula las garantías del *fair use*. Como señala SMIERS:

La ley del *copyright* se sustituye por la ley contractual, que es algo completamente distinto. Una de las diferencias fundamentales es que en su origen –pero cada vez menos en las últimas décadas- el *copyright* intentaba equilibrar los intereses de los fabricantes y los del dominio público. Para ello se recurría al principio del *fair use* y a la vigencia limitada de la protección. Con la ley contractual, esos principios quedan gravemente debilitados. Así por definición, la industria elimina el sistema del *copyright*. Por tanto, el interés público queda condenado a la marginalidad.²²⁹

Esta tendencia privatizadora sobre el ámbito cultural muestra la vulnerabilidad que en la actualidad enfrentan valores fundamentales relacionados a la creación y el acceso a sus frutos. Lo preocupante de esta tendencia es la aceptación con la que el público y creadores responden ante estos mecanismos legales y tecnológicos, disuadidos por el peligro de

²²⁸ HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Op.Cit. p. 5. (Traducción libre)

²²⁹ SMIERS, Joost. Op. Cit. p. 114.

cuantiosas compensaciones económicas, que han logrado poner en jaque la salvaguarda de las mínimas garantías de equilibrio entre los intereses privados y públicos, como el *fair use*.

Capítulo IV.

***Fair use* como referente de flexibilización en el derecho comparado.**

Como hemos podido ver, la tendencia internacional hacia la sobreprotección sigue en aumento, y las chances de lograr equilibrios básicos frente a la administración tecnológica de contenidos son cada vez más restringidas.

Desde esa perspectiva, las legislaciones nacionales de los países en vías de desarrollo enfrentan un contexto crítico para lograr salvaguardar intereses fundamentales que sostienen sus posibilidades de avance tecnológico, científico y creativo, y con ello, el desarrollo socio-económico de sus naciones.

Hemos sido testigos de un intenso esfuerzo internacional por hegemonizar la legislación de propiedad intelectual para la protección de los intereses de los titulares de derechos de autor, donde los beneficios directos rara vez apuntan al incentivo de los propios creadores. Como veíamos anteriormente, este reforzamiento del derecho de autor parece tener como objetivo primordial la protección de un modelo de negocios, en franca agonía como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías, las que han abierto la posibilidad a usuarios y creadores en el mundo entero de acceder a herramientas y contenidos que históricamente estuvieron fuera de su alcance. En este esfuerzo por la hegemonía de un modelo jurídico internacional del derecho de autor, no se vislumbra idéntico afán con el propósito de proteger los intereses de los usuarios. Sin embargo, y pese a la falta de voluntad política a nivel de organismos supuestamente representativos, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, numerosos países en vías de desarrollo²³⁰ han visibilizado la necesidad de crear instrumentos de contención o equilibrio

²³⁰ Es el caso de países como Filipinas, Singapore, Irlanda e Israel, entre otros. Así se presenta en el reciente informe publicado por Ian Hargreaves, *Digital Opportunity. A review of Intellectual Property and Growth*. Mayo 2011. Disponible en: [<http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>]. Consulta 3 de mayo 2012. El 2007 el Parlamento de Israel aprobó una nueva legislación de *copyright*, que incluye el *fair use*, permitiendo la utilización de material protegido sin autorización del titular del *copyright*, para estudio privado, cita, reportajes, educación, reseñas, entre otros. Israel Copyright Act, 2007, Chapter 4, párrafo 19.

para enfrentar las nuevas normativas proteccionistas que les imponen en estas naciones, valiéndose para ello de la experiencia de los países desarrollados.

1. ¿Por qué el *fair use*?

Lo que muchas veces se ha criticado respecto a la normativa del *fair use*, resulta ser una de sus virtudes. Si bien la flexibilidad de la norma genera una falta de certeza relevante al momento de querer disponer de un uso sobre una obra protegida, es esta misma flexibilidad la que la hace una norma dinámica y eficaz para las circunstancias de cada caso, lo que la transforma en una de las herramientas más idóneas para los nuevos desafíos de la era digital.

La experiencia de las legislaciones continentales, bajo la fórmula de regulación taxativa de limitaciones y excepciones al derecho de autor, ha demostrado no estar a la altura de estos desafíos, y ha representado un obstáculo importante al querer fomentar nuevos modelos de negocios, más dinámicos y diversos en torno a la economía digital y, a su vez, un entrapamiento relevante para la diseminación del conocimiento. Esto explica que ya sea posible identificar una tendencia reformista²³¹ en este sentido, en aras de flexibilizar las normas que rodean los límites de la propiedad intelectual.

En palabras de HUGENHOLTZ, pronunciándose sobre la exhaustiva lista de limitaciones y excepciones al derecho de autor contenida en la Directiva del Parlamento Europeo, relativa

²³¹ Como veremos en este capítulo, el debate en torno a la necesidad de flexibilizar las legislaciones de derechos de autor frente al avance tecnológico ha cobrado especial importancia en el contexto europeo, en particular en el Reino Unido, tras el informe de Ian HARGREAVES. La reciente reforma de la ley de copyright de Israel, con la introducción del *fair use* norteamericano, responde a la misma tendencia. A mayor abundamiento, el reciente reporte sobre limitaciones y excepciones en las economías integrantes de APEC, tales como Nueva Zelanda, Singapur, Australia, Canadá, Chile y Tailandia, entre otras, muestra una progresiva adaptación legislativa hacia la flexibilización de los catálogos de excepciones y limitaciones, en la consecución del equilibrio normativo ante la introducción de las tecnologías de administración digital. Ver APEC-IPEG Survey on Copyright Limitation & Exceptions. Report on Copyright L&E in APEC Economies. 29th Intellectual Property Expert's Group Meeting, Singapore, 28-29 July 2009.

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 (DDASI) adoptada en mayo de 2001²³²:

(...) Lo último que necesita la industria de la información en estos tiempos dinámicos, son reglas rígidas para los años venideros. Internet produce a diario nuevos modelos de negocios y nuevos usos, y gracias a la Directiva, si consideramos necesaria una nueva excepción, será necesario esperar al menos tres años, si no más, para que la Directiva sea reformada.²³³

La oposición doctrinaria a la regulación cerrada de limitaciones y excepciones al derecho de autor es cada vez más fuerte y sin duda ello responde a los nuevos contextos creados por la sociedad de la información y sus tensiones con el derecho. La dinámica del nuevo contexto digital exige adaptaciones normativas que estén acordes con sus requerimientos, en particular para los países en vías de desarrollo. Un instrumento legal como el del *fair use* representa una útil pauta a seguir.

A continuación revisaremos los alcances del *fair use* en el Reino Unido, en el marco del debate de la Unión Europea, y la reciente reforma de la *Copyright Act* de Israel que ha incorporado en su derecho una norma de *fair use* al estilo norteamericano, con interesantes elementos propios.

2. La experiencia de UK. El *fair dealing* y la Unión Europea.

Un buen ejemplo de esta tendencia hacia una adaptación legislativa que flexibilice las normas de excepciones y limitaciones del derecho de autor, es el actual debate en el Reino Unido, a propósito del *fair dealing*.

²³² Directiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos a fines en la Sociedad de la Información. Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/l26053_es.htm Consulta 5 de mayo 2012.

²³³ Ver HUGENHOLTZ P., Bernt. Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. Disponible en línea [<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>]. Consulta 3 de abril 2012.

El llamado trato justo –o *fair dealing*- es definido como una limitación o excepción al derecho exclusivo perteneciente al autor de un trabajo creativo, garantizado por la legislación de propiedad intelectual. Se encuentra en la mayoría de las naciones bajo la jurisdicción del *common law*, tales como Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Singapur, Sudáfrica y el Reino Unido, siendo este último su país de origen.²³⁴

El *fair dealing* es una enumeración de defensas posibles contra acciones por infracciones del *copyright*, para los casos en que los actos que contravienen tales derechos responden a propósitos legítimos. A diferencia de la doctrina del *fair use* de Estados Unidos, este sistema es mucho más restrictivo; el *fair dealing* sólo concurre como defensa ante infracciones del *copyright* en los casos taxativamente señalados por la ley.

En el *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, del Reino Unido (en adelante CDPA) encontramos una exhaustiva lista de excepciones y limitaciones, agrupadas por secciones bajo el encabezado «actos permitidos en relación a obras protegidas por el derecho de autor».²³⁵

Dentro de cada sección, se desarrollan pormenorizadamente los alcances de cada excepción, dejando poco espacio para interpretaciones extensivas o analógicas que permitan un margen de flexibilidad jurisprudencial. Como señala el informe de Ian HARGREAVES,²³⁶ casi todas estas excepciones están restringidas a usos no-comerciales. Esta lista tampoco cuenta con excepciones para copia privada ni parodia y la sección de excepciones para bibliotecas y archivos está muy por debajo de las necesidades actuales en lo que respecta a las nuevas tecnologías. Según el informe, actualmente UK no aprovecha la mayoría de las excepciones disponibles.²³⁷

²³⁴ WIKIPEDIA. Fair Dealing. Disponible en http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing

²³⁵ *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Copyright. Rights in Performances. Publication Right. Database Right. Unofficial Consolidated Text of UK Legislation to 3 may 2007. Disponible en [<http://www.ipso.gov.uk/cdpact1988.pdf>] Consulta 4 de abril 2012.

²³⁶ HARGREAVES, Ian. Digital Opportunity. A review of Intellectual Property and Growth. p. 42. Independent report. Mayo 2001. Disponible en [<http://www.ipso.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>] Consulta 5 de abril 2012.

²³⁷ Ibid. p. 42.

El diagnóstico del informe HARGREAVES hace hincapié en la urgencia de idear un nuevo marco jurídico que posibilite la flexibilización del sistema de propiedad intelectual hacia un modelo que responda adecuadamente a las necesidades que ha impuesto el nuevo contexto tecnológico. De lo contrario, señala, la innovación puede verse bloqueada y el crecimiento económico amenazado por la rígida aplicación de su normativa, que habilita a los titulares de derechos a bloquear nuevas tecnologías potencialmente importantes. A su vez, agrega, es urgente resolver la creciente falta de correspondencia entre lo que está permitido bajo las excepciones del *copyright* y las expectativas y comportamientos razonables de la mayoría de la gente.²³⁸

Desde estas carencias en la legislación británica, el informe estudia posibles acercamientos al sistema norteamericano del *fair use*, que se perfila como modelo a seguir en lo referente a sus principios flexibles y su probada adaptabilidad frente al avance tecnológico. Sin embargo, las diferencias entre ambas tradiciones jurídicas saltan a la vista. La tradición europea, como es el caso de Reino Unido, se basa en el derecho natural como fundamento del paradigma del derecho de autor, poniendo el énfasis de justicia en la protección del autor y por tanto, limitándolo *excepcionalmente*,²³⁹ mientras que el sistema del *copyright* norteamericano se fundamenta en consideraciones utilitarias²⁴⁰ (la promoción del progreso de las ciencias y las artes,)²⁴¹ en donde la limitación y protección del derecho de autor son, en teoría, equivalentes en importancia.

HARGREAVES señala, tras recabar informes de diversos sectores involucrados, que la implementación de un sistema análogo al *fair use* norteamericano conllevaría una considerable incertidumbre jurídica, falta de correspondencia en la filosofía jurídica, y

²³⁸ Ibid., p. 43.

²³⁹ El origen del derecho de autor entendido como derecho humano, desde el fundamento de garantizar a toda persona el derecho de acceso a bienes y servicios científicos y culturales (Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), plantea un punto de conflicto con esta teoría clásica del derecho de autor, que enfatiza su objeto de protección exclusivamente sobre el autor. Ver más en *La propiedad intelectual como derecho humano*. UNESCO, 2001. Op. Cit.

²⁴⁰ HUGENHOLTZ, P. Bernt, SENFTLEBEN, Martin R.F. Fair use in Europe. In search of flexibilities. Vrije Universiteit, Amsterdam. Noviembre 2011. p. 7. Disponible en [<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>] Consulta 15 de abril 2012.

²⁴¹ Artículo I sección 8, de la Constitución de EE.UU. Op. Cit.

repercusiones económicas. Si bien, como reconoce el autor, estos argumentos son de peso, no cierran el debate.²⁴²

Como contrapartida, existen también poderosos argumentos a favor de la introducción de una figura jurídica del tipo del *fair use*, que apuesta a su viabilidad en la medida de que sea introducida en consonancia con los términos de la actual legislación de la Unión Europea.

Observa este informe que si bien los obstáculos que suscitaría introducir una norma al estilo del *fair use* son innegables, también lo es el eficiente desenvolvimiento de este modelo en lo que atañe al crecimiento económico en nuevas áreas lideradas por las tecnologías modernas. En EE.UU el *fair use* ha desarrollado un rol de suficiente flexibilidad en determinadas áreas de importancia para el desarrollo de la tecnología y sus nuevas expresiones de consumo cultural.²⁴³ Recogiendo los beneficios de esta experiencia, y reconociendo las inconveniencias sistemáticas y conceptuales de una cláusula de *fair use* en la legislación local, el informe de HARGREAVES aconseja tener en cuenta un enfoque de «doble vía»:

1. Buscar con urgencia la adopción de nuevas excepciones específicas dentro de la legislación nacional, que respondan suficientemente a estos nuevos desafíos, y que sean viables dentro del marco jurídico europeo; y,
2. Explorar en conjunto con los aliados europeos un nuevo mecanismo de propiedad intelectual, con el fin de crear un sistema con capacidad de adaptación a las futuras tecnologías (que por definición no se pueden prever con exactitud).

²⁴² HARGREAVES, Ian. Op. Cit. p. 44.

²⁴³ Ver el detalle en *Fair Use in U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relyin on Fair Use. Computer and Communication Industry Association, 2010. Op.Cit. p. 7-12.* El último informe de *Computer and Communications Industry Association* -entidad que representa a firmas como Microsoft Inc., Google Inc., Yahoo Inc., Oracle Corporation, Sun Microsystems entre otros- destaca el importante crecimiento que han tenido en los últimos años las economías dependientes a bienes o servicios relacionados al *fair use*. Esto se explicaría por el fuerte ascenso de la economía digital: a través de los usos justos ha sido posible diversificar las actividades relacionadas al ámbito digital, tornándolas por esenciales para muchos negocios de alta tecnología y para el comercio en la web. Según este informe, 1 de cada 8 trabajadores del país del norte trabaja en alguna industria beneficiada por la protección de los usos justos, lo que equivale a 17 millones de personas trabajando en esta área; 4,7 trillones de dólares en ganancias al año 2007, 2,2 billones de dólares en valor agregado; 281 billones de dólares en exportaciones. Estas cifras representan el 16,2% del PIB de E.E.U.U. y siguen en aumento.

El informe aconseja también presionar a nivel gubernamental para la inclusión de una excepción semi-abierta a nivel de la Unión Europea, que autorice los nuevos usos sobre obras protegidas, facilitados por la tecnología, que no se aprovechen directamente del propósito creativo o expresivo implícito en ellas. Esto ha sido denominado como *no-consumptive uses* (usos no-consumidores). Este concepto busca agrupar usos de obras protegidas donde la copia constituye sólo una parte del modo en que la tecnología funciona. El fundamento de esta figura se basa en la idea de que estos nuevos usos caen dentro del ámbito de la regulación de propiedad intelectual simplemente como efecto colateral de cómo fue definida esa regulación – incapaz de prevenir los avances tecnológicos-, sin ser éstos directamente relevantes para lo que supuestamente esta regulación protege.²⁴⁴

Lograr paulatinamente aproximaciones a los principios del *fair use*, flexibilizando las excepciones y limitaciones vigentes y apostando a una nueva excepción pseudo-abierta que responda directamente a los nuevos desafíos tecnológicos, parece ser la vía más factible para la superación de la crisis del régimen de propiedad intelectual europeo.

Desde este enfoque se está planteando el debate a nivel de la Unión Europea. El informe del profesor HUGNHOLTZ, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, apunta al mismo objetivo. Diagnosticadas las urgencias de la legislación de propiedad intelectual en el marco europeo, el informe sostiene que una reforma de sus principales deficiencias se puede encaminar desde el acervo legislativo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo,²⁴⁵ la que cuenta con un listado de excepciones y limitaciones prototipo que dejarían un considerable margen para su flexibilización. Sostiene HUGENHOLTZ que los Estados miembro pueden avanzar hacia la flexibilización introduciendo en su legislación interna el catálogo de excepciones prototipo de la Directiva. Según esta tesis, en combinación con *la regla de los tres pasos* del Convenio de Berna, se podría llegar a una norma semi-abierta tan flexible como el sistema del *fair use* de EE.UU.²⁴⁶

²⁴⁴ HARGREAVES, Ian . Op. Cit. p. 47.

²⁴⁵ Directiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos a fines en la Sociedad de la Información. Op. Cit.

²⁴⁶ HUGENHOLTZ, P. Bernt, Op. Cit. p. 2.

3. El *fair use* de Israel

Hasta la promulgación de la Ley de Derecho de Autor de 2007, la ley de propiedad intelectual vigente en Israel se basaba en la Ley de Derecho de Autor británica de 1911 y ha sido modificado dos veces desde entonces. Mientras Israel estuvo bajo mandato británico, hasta el año 1948, y de manera similar en todos los otros estatutos de Israel, el derecho de autor debía interpretarse bajo las normas de derecho común, basándose en los precedentes del *common-law*.²⁴⁷

La legislación británica, promulgada en Israel en 1919, excluía de la protección del *copyright* «cualquier tratamiento justo en trabajos para el estudio personal, investigación, comentario, o extracto periodístico».²⁴⁸ Dicha excepción presentaba un breve listado de causas que permitían el uso de trabajos protegidos para una lista cerrada de propósitos.

La doctrina del *tratamiento justo* de Israel se basó principalmente en la legislación e interpretación del Reino Unido durante casi un siglo. Sin embargo, y pese a ser ésta la regla general, la ley de *copyright* se interpretó a menudo apoyándose en fuentes estadounidenses como precedentes.²⁴⁹

La aplicación de los principios del *common-law* norteamericano a la legislación británica condujo a una teoría híbrida del *copyright* que tuvo un trascendente efecto en la doctrina del *fair use*. Con la introducción de la cláusula del *fair dealing* y su listado taxativo de excepciones en la *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988, la jurisprudencia israelí buscó interpretaciones más amplias para esta cláusula, tomando como fuente directa la experiencia de la doctrina del *fair use* de EE.UU.²⁵⁰

²⁴⁷ *Access to Knowledge for Consumers, Reports of Campaigns and Researchs 2008-2010*. Consumers International. Kuala Lumpur 2010. p. 145. Disponible en [http://www.consumersinternational.org/media/453199/a2k-reports2010_b.pdf] Consulta 3 Agosto 2012.

²⁴⁸ Ibid. p. 145.

²⁴⁹ Ibid. p. 145.

²⁵⁰ Ibid. p. 146.

De esta forma, la recodificación del año 2007 establece esta nueva cláusula de *fair use*, en términos más amplios, que protege una variedad de usos, desde la copia privada hasta la elusión de medidas tecnológicas de protección para la reproducción de materiales para uso académico, entre otros. Según el informe *Access to Knowledge for Consumers*, la nueva norma del *fair use*, en atención a los objetivos de la legislación competitiva de Israel y la protección de los derechos de los consumidores dentro de un mercado libre, es un estatuto único, que ha permitido la implementación de soluciones en tecnología, investigación, y actividad académica, entre otros campos de actividad que incentivan la innovación.²⁵¹

Si bien el estatuto de Israel, tal como está hoy, es muy similar al de los Estados Unidos, la ley israelí concede a los tribunales libertades más amplias para la interpretación y aplicación de la ley. La norma presenta algunas particularidades que permiten que sus alcances sean más amplios y a su vez, de mayor certeza.

La norma establece:

Párrafo 19.

- (a) El *fair use* de una obra está permitida para fines tales como: el estudio privado, investigación, crítica, comentario, información periodística, la cita o la instrucción y examen por una institución educativa.
- (b) Para determinar si el uso de una obra es justo dentro del sentido de la presente sección, los factores que deben considerarse incluirán, entre otras cosas, todo lo siguiente:
 - (1) El propósito y el carácter del uso;
 - (2) El carácter de la obra utilizada;
 - (3) El alcance del uso, cuantitativa y cualitativamente, en relación con el trabajo como un todo;
 - (4) El impacto del uso sobre el valor de la obra y su mercado potencial.
- (c) El Ministro (de justicia) podrá dictar reglamentos que prescriban las condiciones bajo las cuales un uso se considerará un uso justo.²⁵²

Como puede observarse, se reproducen varias partes de la sección 107 de la *Copyright Act*

²⁵¹ Ibid. p. 146.

²⁵² Israel Copyright Act, 2007. Chapter 4, párrafo 19.

de EE.UU, pero con dos mejoras de consideración. En primer lugar, el primer factor no incorpora la fórmula «incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educativos sin fines de lucro». Esta formulación normativa ha creado múltiples dificultades para los tribunales norteamericanos,²⁵³ al momento de determinar qué factor predomina cuando está involucrado el carácter comercial frente a un uso que califica de justo por su carácter transformativo, u otros de igual peso para la declaración de *fair use*.²⁵⁴ Con esta omisión, la norma israelí permite que los tribunales puedan abordar consideraciones normativo-cualitativas más amplias y esclarecedoras, con un margen más flexible de argumentos para su juicio.

En segundo lugar, la disposición israelí en su letra (c), autoriza al Ministro de Justicia a aclarar las condiciones bajo las cuales ciertos usos se consideran legales. Esta es una característica que la sección 107 de la *Copyright Act* de EE.UU no tiene. Su objetivo parece bastante claro: reducir las incertidumbres en torno a la aplicación del *fair use*, y aminorar su efecto de aparente riesgo. El inciso (c) permite al ministro de justicia introducir un poco más de certeza en la legislación del *fair use*, mediante la creación de presunciones de exención de responsabilidad por infracción del *copyright*, bajo ciertas condiciones reglamentadas, las que responderán a los antecedentes aportados por todo el contexto.²⁵⁵

Sobre este punto, existen actualmente varias iniciativas regulatorias, aún en etapas preliminares, que exhortan al Ministro de Justicia para que utilice su autoridad reglamentaria en virtud de la cláusula en comento, como es el caso del Reglamento de Directrices para el *Fair Use* en la Educación Superior: la propuesta (presentada por una coalición de instituciones de educación superior de Israel) consiste en elaborar un código de mejores prácticas de *fair use* para el uso de materiales protegidos por *copyright* con fines educativos.²⁵⁶ El propósito de estas directrices es resolver el alto grado de incertidumbre

²⁵³ Ver Capítulo II, acápite 2.1.

²⁵⁴ Ver acápite xxx

²⁵⁵ EFRONI, Zohar. Israel's Fair Use. 30 de enero, 2008. Disponible en [<http://cyberlaw.stanford.edu/node/5670>]. Consulta el 4 de septiembre de 2012.

²⁵⁶ BIMHACK, Michael, ELKIN-KOREN, Niva. Meeting on Limitations and Exceptions to Copyright in Israel, hosted by IViR and PIJIP, december 2011. p. 4. Disponible en [<http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/05/Israel-v-May-2012.pdf>] Consulta 19 de diciembre 2012.

en relación a la aplicación de la doctrina del *fair use* en las actividades realizadas en instituciones de educación superior, lo que crea un efecto paralizante sobre los usos relacionados a estos ámbitos. La coalición solicitó al Ministro de Justicia la dictación de un reglamento que prescriba las condiciones que permitan calificar ciertos usos como *fair use*. La solicitud se encuentra actualmente en trámite.²⁵⁷

La jurisprudencia israelí, siempre bajo el sistema del *common-law*, ha continuado activamente el desarrollo del *copyright* bajo la nueva ley, aportando nuevos criterios de análisis a la institución del *fair use*, tales como el de infracción indirecta (*contributory infringement*), o como el pre-requisito de «atribución», adicional al listado de factores de la ley.²⁵⁸ Estas aportaciones jurisprudenciales perfilan un sólido modelo de *fair use*, que mejora el modelo norteamericano reforzando sus principales puntos vulnerables.

Sin embargo, la nueva ley de Copyright de Israel 2007 (que entró en vigor en mayo de 2008)) podría sufrir algunos cambios ante las presiones legislativas internacionales lideradas por EE.UU. La presión se ha hecho sentir: el informe *USTR's 301 Annual Report* de 2011 sitúa a Israel en la Lista de Vigilancia Prioritaria.²⁵⁹ Los requerimientos del informe instan a Israel a implementar una legislación tipo DMCA, para incorporar daños estatutarios por infracción de *copyright*, reafirmar normativamente que las empresas son penalmente responsables de la piratería de software por el usuario final, y reforzar el cumplimiento de las decisiones judiciales que requieren los operadores de cable para compensar a los titulares de *copyright* para las retransmisiones no autorizadas de señales de televisión que contienen sus obras. Estas, entre otras medidas, se encuentran actualmente en el debate legislativo.

²⁵⁷ Más información de este proyecto: Forum of Accessible Education: Code of Best Practices for Use of Works in Teaching and Research. Disponible en [<http://weblaw.haifa.ac.il/he/AcademyInCommunity/ClinicList/tech/Documents/Code%20of%20Best%20Practices%20%5bEnglish%20Translation%5d.pdf>] Consulta 19 de diciembre 2012.

²⁵⁸ BIMHACK, Michael. Op. Cit. p. 1-2.

²⁵⁹ United States Trade Representative, Special 301 Report on Intellectual Property Rights (2011), disponible en [http://www.ustr.gov/webfm_send/2849] Consulta 19 de diciembre 2012.

Capítulo V.

Fair Use para la legislación nacional

1. El contexto nacional

Chile tuvo la oportunidad de encaminar este proceso global de adaptación legislativa a propósito de las reformas comprometidas para la implementación del TLC suscrito con EE.UU, logrando ampliar las garantías mínimas para usuarios y creadores nacionales, e instaurando un nuevo marco legal más coherente a los cambios tecnológicos y sus nuevos desafíos.

La reforma llevada adelante en el proceso de ajustes legales para la implementación del TLC creó la oportunidad de establecer un catálogo de excepciones y limitaciones más adecuado, que subsanaría una deficiencia legislativa histórica. Este catálogo fue diseñado pensando en la diversidad de actores e intereses involucrados y fue largamente debatido en el Congreso Nacional durante más de tres años. La ley recibió el apoyo de organizaciones representativas de usuarios y consumidores y una fuerte oposición de ciertos sectores de creadores y representantes nacionales de industrias creativas internacionales.²⁶⁰

El nuevo catálogo de excepciones fue elaborado en base a la abundante experiencia internacional y los principios contenidos en diversos tratados internacionales multilaterales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio.

Esto tuvo como resultado una considerable ampliación de las excepciones y limitaciones vigentes y la introducción de nuevas excepciones, que fortalecen las herramientas de equilibrio que garanticen el acceso legal de la ciudadanía a obras protegidas.²⁶¹

²⁶⁰ ALVAREZ, Daniel., PAIVA V. Marcela. Reformas a la ley chilena de propiedad intelectual: el desafío de una regulación equilibrada. G-20 y Gobernanza Global. Internacional Centre for Trade and Sustainable Development. Volumen 11. Nro 2. Julio 2010. p. 15-16. Disponible en [\[http://ictsd.org/downloads/puentes/puentes11-2.pdf\]](http://ictsd.org/downloads/puentes/puentes11-2.pdf) Consulta 4 de septiembre 2012.

²⁶¹ Ibid., p. 15.

El nuevo catálogo de excepciones y limitaciones incorpora nuevas excepciones y amplía los alcances de las precedentes:²⁶²

- **Derecho de cita:** esta excepción estuvo tradicionalmente limitada a la reproducción de fragmentos de obras culturales, científicas o didácticas, ampliándose a la inclusión de fragmentos breves de obras protegidas, a título de cita o crítica, ilustración, enseñanza o investigación.
- **Discapacitados:** subsanando una deficiencia histórica de la ley anterior, se incorporó una excepción amplia que permite la reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público de una obra en beneficio de discapacitados visuales, auditivos o de cualquier otra clase de discapacidad que impida el normal acceso a una obra.
- **Bibliotecas y archivos sin fines de lucro:** esta excepción fue ampliada considerablemente, agregándose nuevos usos autorizados, tales como la reproducción íntegra de obras que no se encuentren disponibles en el mercado (*out of market exception*), la reproducción electrónica para el uso en salas, y la traducción de obras completas para su uso en la biblioteca o archivos.
- **Fines educacionales:** Se autorizó la reproducción y traducción para fines educacionales de pequeños fragmentos de obras de distinta naturaleza para la ilustración de actividades educativas, así como la ejecución y comunicación pública de obras en ese tipo de establecimientos.
- **Programas computacionales:** esta excepción se estableció con el afán de facilitar el desarrollo de tecnologías locales, en sintonía con la experiencia internacional en la materia. La primera de ellas permite el desarrollo de actividades de ingeniería inversa para lograr compatibilidad operativa entre programas o para fines de investigación y desarrollo. La segunda autoriza la adaptación o copia de un programa cuando sea esencial para su uso o respaldo. Por último, se autorizan

²⁶² Ibid., p. 16.

actividades que se realicen sobre un programa computacional con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o seguridad.

- **Copias temporales:** se autoriza expresamente la reproducción provisional de obras protegidas cuando ello sea necesario para su transmisión o uso lícito. Con esto, quedan cubiertas por esta norma las copias temporales de una obra que se hacen para transmitir un contenido a través de Internet o de satélite.
- **Sátira o parodia:** la excepción protege la sátira o parodia que se distinga artísticamente de la obra original.
- **Uso privado:** se permite la comunicación o ejecución pública de una obra en el núcleo familiar, como también las traducciones de una obra para el uso personal.
- **Usos administrativos:** siguiendo lo establecido en la Convención de Berna, la excepción autoriza la reproducción y comunicación al público de una obra para la realización de actuaciones judiciales, administrativas y legislativas.
- **Usos justos:** la excepción tipificada en el artículo 71 Q ha sido catalogada como un *germen* de uso justo, al estar inspirada en las normas del *fair use* anglosajón, pero de alcances estrechos e imprecisos. Pese a sus limitaciones, su inserción supone un significativo avance, que nos acerca a la configuración de un marco legal flexible y acorde a los nuevos tiempos.

El proyecto de ley que introdujo este nuevo catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor, incluía en su mensaje presidencial la propuesta de una norma de uso justo²⁶³ que permitiese a los tribunales de justicia exceptuar legalmente ciertas utilidades legítimas de obras autorizadas, siempre y cuando se tratara de casos especiales, que no atentaren contra la explotación normal de la obra ni causaren un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, siguiendo en este punto los parámetros establecidos originalmente por el Convenio de Berna y recogido por ADPIC, en la llamada

²⁶³ La propuesta tuvo como resultado el artículo 71 Q, Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, D.O. 10 de octubre de 1970, reformada por la Ley N°20.435, D.O. 4 de mayo de 2010. Disponible en [<http://bcn.cl/57wm>] Consulta 5 de octubre 2012.

regla de los tres pasos.²⁶⁴ La norma originalmente propuesta derogaba también el artículo 45 bis de la entonces ley vigente²⁶⁵, incorporado en una de las reformas del año 2003, que establecía una sospechosa forma probatoria contra las escasas excepciones contempladas en ese entonces por la ley, que obligaba a realizar un doble test cada vez que una excepción fuese a ser aplicada por un tribunal de justicia, cuestión que excedía con creces el alcance de la obligación internacional sobre la materia. La propuesta normativa generó un intenso debate, donde participaron diversas agrupaciones y organismos de la sociedad civil, lo que prueba lo fundamentales que estos temas ya son para la ciudadanía. El resultado de este debate fue una norma de compleja estructura, que desata numerosas interrogantes: la excepción del artículo 71 Q.²⁶⁶

2. Rastreado la morfología de la norma

El resultado de este debate y del intenso *lobby* que se llevó a cabo durante la tramitación de la ley, con el Congreso Nacional forzando el consenso, fue el actual artículo 71 Q, que dispone:

Art. 71 Q. Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

De su lectura surgen variadas interrogantes. ¿Qué es un uso incidental y cual es el uso excepcional? ¿Sólo son propósitos válidos para el precepto la crítica, el comentario, la caricatura, la enseñanza, el interés académico o la investigación, o se plantean a título enunciativo? ¿Por qué el uso de la obra no puede constituir una explotación comercial? ¿Y

²⁶⁴ ALVAREZ, Daniel. Op. Cit. p. 7.

²⁶⁵ Artículo 45 bis establecía: Las excepciones establecidas en este Párrafo y en el Párrafo siguiente se circunscribirán a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. LEY 19912, D.O. 04.11.2003. Disponible en [<http://www.dibam.cl/transparencia/docs/LEY%20N%C3%A4%2017336%20DE%20PROPIEDAD%20INTELECTUAL.pdf>] Consulta 19 de diciembre 2012.

²⁶⁶ Artículo 71 Q. Op. Cit.

qué razón justifica inmunizar a las obras audiovisuales de carácter documental? ¿Hay algún factor que tenga mayor peso?²⁶⁷

Desafortunadamente, no existen antecedentes documentales en la historia de la ley que ayuden a precisar el sentido y alcance. Serán los tribunales de justicia los encargados de dar las primeras luces en su interpretación. Sin embargo, una mirada al derecho comparado arroja algunas pistas que nos pueden adelantar un paso. Como puede observarse, la norma utiliza diversos conceptos reconocibles en la regulación anglosajona. Esto indica que de forma indirecta, el precepto es redactado recogiendo la experiencia legislativa anglosajona, entre el *fair use* y el *fair dealing*, y la regulación de los usos incidentales.

Comenzaremos revisando los referentes anglosajones del uso incidental, que son, en una primera lectura, la fuente más directa de nuestro artículo 71 Q.

La norma para los usos incidentales del Reino Unido establece:

31.

1. El *copyright* en una obra no se infringe por su inclusión *incidental* en una obra artística, grabación sonora, película o emisión.
2. Tampoco se infringe el *copyright* mediante la emisión al público de copias, o por la reproducción, muestra o comunicación al público, de cualquier cosa cuya elaboración no es, en virtud de la subsección (1), una infracción del *copyright*.
3. Una obra musical, las palabras habladas o cantadas con la música, o la parte de una grabación sonora o de difusión que incluye una obra musical o semejantes palabras, no se considerará incluido incidentalmente en otro trabajo si es deliberadamente incluido.²⁶⁸

²⁶⁷ DE LA MAZA, Iñigo. *Nueva Ley de Propiedad Intelectual: un alcance fundamental*. Columna de opinión en El Mostrador *on line*, 29 de mayo 2010. Disponible en [<http://www.elmostrador.cl/opinion/2010/05/29/nueva-ley-de-propiedad-intelectual-un-alcance-fundamental/>] Consulta 29 de agosto 2012.

²⁶⁸ Copyright, Designs and Patents Act 1988, UK. Chapter III: Acts permitted in relation to Copyright Works, párrafo 31. Traducción libre (énfasis añadido).

Una perspectiva normativa interesante es la que ofrece la nueva legislación de *copyright* de Israel antes vista, ley que recoge la influencia anglosajona, actualizándola:

22. Uso incidental de una obra: Un uso incidental de una obra por medio de su inclusión en una obra fotográfica, en una obra cinematográfica o en una grabación de sonido, así como el uso de un tipo de trabajo en el que la obra está incidentalmente contenida, está permitido; En este asunto la inclusión deliberada de una obra musical, incluyendo sus anexos, letras de canciones o de una grabación de sonido que incorpora tal obra musical, en otro trabajo, no se considerará como un uso incidental.²⁶⁹

Como puede observarse, estas normas apelan a un concepto de *incidental* en el sentido descrito por el diccionario de la Real Academia Española, esto es, lo «que sobreviene en algún asunto o tiene alguna relación con él, o dicho de una cosa o hecho: accesorio, de poca importancia».²⁷⁰

En consecuencia, este tipo de usos son autorizados por la ley cuando concurren las siguientes condiciones:

- 1) La inclusión del fragmento o parte de una obra protegida en otra obra es de poca importancia, casi casual;
- 2) Esta parte es poco significativa en atención a la obra en su conjunto;
- 3) No existe una intención deliberada de hacer uso del material protegido.

El sentido empleado en estas normas es bastante claro, a diferencia de la norma chilena, que pareciera fundir parte de la nomenclatura normativa del uso incidental y la del *fair use*:

Artículo 71 Q:

Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, **siempre**

²⁶⁹ Israel Copyright Act, 2007. Chapter 4: Permitted Uses. Párrafo 22. Traducción libre. Disponible en [<http://www.tau.ac.il/law/members/birnhack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>] Consulta 4 de septiembre 2012..

²⁷⁰ Diccionario de la Real Academia Española *online*. Disponible en [<http://lema.rae.es/drae/?val=incidental>] Consulta 5 de septiembre 2012.

que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida.

La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

Lo destacado correspondería a la regulación del uso incidental. Como puede observarse, al señalar la norma que «el uso será incidental siempre que dicho uso no constituya una explotación encubierta de la obra protegida», recoge el criterio empleado en las normas de Reino Unido e Israel para los usos incidentales, al establecer como usos infractores aquellos que incluyen deliberadamente material protegido en la nueva creación. Sin embargo, el artículo 71 Q no llega a establecer una verdadera norma para los usos incidentales, al establecer como propósito de este tipo de usos el comentario, crítica, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, todos usos enunciados en la normativa del *fair use*.

Pese a las problemáticas de su redacción, es posible esbozar una aproximación interpretativa desde la noción de uso incidental que sugiere la norma: estaría permitido el uso sin autorización de una obra, con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicho uso sea incidental, esto es, que la utilización de la obra sea algo accesorio, de menor importancia, o no principal, dentro de la actividad en que se enmarca. Que sea excepcional, supone que el uso se realice de forma no habitual o aislada, en atención a la obra utilizada. La norma exige también que no constituya una explotación encubierta de la obra protegida, lo que reafirma que lo principal de la actividad no debe ser la utilización de la obra objeto de la excepción.

Como puede observarse, el artículo 71 Q se aproxima a los fundamentos de las normas británica e israelí de uso incidental – al introducir los conceptos de incidental y excepcional y reforzar ese sentido normativo al prohibir la explotación encubierta bajo la excepción, al igual que las normas en comento-, y se separa de dicha normativa al introducir las categorías de usos permitidos propias del *fair use* (crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación).

Para que nuestro artículo 71 Q fuera una norma de uso incidental propiamente tal, debiera haber contenido una enunciación que permitiera definir en qué consiste, como es el caso de la norma israelí, que despeja toda duda al señalar «un uso incidental por medio de su inclusión en una obra fotográfica, en una obra cinematográfica o en una grabación de sonido, así como el uso de un tipo de trabajo en el que la obra está incidentalmente contenida, está permitido». La norma chilena, al señalar los propósitos relacionados al *fair use* para el uso incidental, inmediatamente desnaturaliza su concepto, al relacionarlo con actividades que difícilmente admitirían un uso de poca importancia, accesorio o excepcional para la realización de los objetivos allí señalados.

Esto nos lleva al análisis del *fair use* norteamericano e israelí, donde los propósitos mencionados en nuestro artículo 71 Q responden al contenido esencial de la excepción de uso justo regulado en esas normas.

Como veíamos anteriormente, la norma norteamericana del *fair use*:

No obstante lo dispuesto en las secciones 17 U.S.C. § 106 y 17 U.S.C. § 106A, el uso justo de un trabajo protegido, incluyendo en dicho uso la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, **para propósitos como los de crítica, comentario, reportajes, escolares (incluyendo múltiples copias para el uso en clases), universitarios, o de investigación**, no constituye infracción al derecho de autor.²⁷¹

Los fines protegidos por el *fair use* de la legislación norteamericana e israelí coinciden con los fines regulados en el artículo 71 Q, pero como vimos más arriba, nuestra norma carece de una estructura normativa que permita su puesta en práctica, toda vez que crea una incongruencia relevante que confronta principios de propósitos normativos divergentes.

Desde este punto de vista, el artículo 71 Q difícilmente puede ser catalogado como una norma de uso justo, pero logra introducir en la ley, tímidamente, un principio de legislación de uso justo.

²⁷¹ *Copyright Act de 1976*, 17 U.S.C. § 107.

Los tribunales de justicia tendrán la última palabra: en el caso de darse una reclamación por infracción al derecho de autor en que concurra una defensa en base al artículo 71 Q, será la justicia la que determinará cuál es la línea interpretativa más idónea, donde tendrá que dirimir cuál es el sentido prominente de la norma.

En atención a las fuentes recién estudiadas, es casi forzoso concluir que la aproximación interpretativa más idónea a la norma es la que nos acerca al uso incidental. La norma carece de las condiciones básicas para la operatividad de un modelo de uso justo: no contiene sus directrices o criterios de evaluación, ni una parte enunciativa que nos remita al concepto de uso justo; la norma es, defectuosamente, un modelo de uso incidental.

3. Propuesta para una norma de uso justo nacional

Como se mencionaba anteriormente, la tendencia internacional en las reformas legislativas de propiedad intelectual apunta a la flexibilización de los límites al derecho de autor, en respuesta a las múltiples tensiones que enfrenta el derecho tradicional frente a los constantes cambios tecnológicos, y sus consecuentes transformaciones culturales, económicas y sociales.

Nuestro sistema normativo cuenta con las condiciones necesarias para confiar a los tribunales de justicia la potestad de dirimir conflictos en torno al derecho de autor desde una norma flexible y dinámica semejante a la del *fair use* norteamericano. Una norma que integre el carácter flexible de esta fuente y que perfeccione sus debilidades, más la regla de los tres pasos del Convenio de Berna, nos acercan a la disposición más idónea para nuestro sistema de propiedad intelectual.

En atención a estos elementos, la norma propuesta quedaría de esta forma:

Usos Justos:

No constituye infracción al derecho de autor el uso que de buena fe se hace de una obra protegida, con el propósito de crítica, parodia, reseña, reportaje, enseñanza o investigación,

en la medida que no ocasione daño a la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular del respectivo derecho.

Para determinar si el uso es permitido en el sentido descrito por este artículo, deberán ser considerados los siguientes factores:

- a. El propósito y carácter del uso de la obra protegida;
- b. La naturaleza de la obra protegida;
- c. La cantidad e importancia de la porción usada de la obra protegida.
- d. El efecto de dicho uso en el mercado actual y potencial de la obra protegida.

El inciso primero de esta norma logra establecer un concepto amplio de uso justo, que supone:

- Que el uso sea de buena fe (recogiendo un principio central de nuestro derecho): que se realiza con objetivos distintos al de apropiación indebida del dominio privado sobre la obra protegida u otros fines que comprometen los intereses del titular del derecho de autor.

- Que el uso tenga el propósito de crítica, parodia, reseña, reportaje, enseñanza o investigación: tomando la nomenclatura anglosajona, la norma establece los fines considerados legítimos para el uso no autorizado de obras protegidas.

- Que el uso no ocasione daño a la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular del respectivo derecho: citando el Convenio de Berna, la norma establece los límites del uso, en atención a la protección de los intereses del titular del derecho de autor. Desde esta fórmula, el tribunal cuenta con un margen flexible para evaluar si un uso que encierra fines lucrativos llega a lesionar los intereses del titular, o genera un efecto sustitutivo respecto a la obra protegida, entre otras situaciones.

Los cuatro factores de esta norma reproducen los factores de la norma estadounidense, con la particularidad de la legislación israelí, que omite la fórmula comercial-sin fines de lucro. Dicho debate queda delimitado al inciso 1º, con la ventaja que se señaló anteriormente.

Desde este modelo, la labor jurisprudencial podría establecer criterios interpretativos suficientes para lograr confianza en el sistema, tanto para titulares de derechos como para usuarios. Sin embargo, en el evento de faltar suficiente predictibilidad, la cláusula 19 c) del *fair use* israelí ²⁷² – que entrega al Ministerio de Justicia la facultad de dictaminar reglamentos que prescriban las condiciones bajo las cuales un uso se considerará justo- puede ser un mecanismo eficiente para cubrir dicha falencia.

Los acelerados cambios que la tecnología produce en la sociedad, y por cierto, en el derecho, permiten presuponer que en poco tiempo la realidad nacional verá un importante aumento de las controversias en torno al derecho de autor y los nuevos usos propiciados por las nuevas tecnologías. Actualmente Chile ya da señales de tener un avanzado proceso de digitalización, con proyecciones de ampliarse en corto tiempo.

Esta propuesta normativa responde adecuadamente a estos desafíos; propone un verdadero equilibrio entre el interés de los titulares de derechos de autor y el interés del público en general, donde los tribunales de justicia cumplen un rol protagónico en su realización. Con una norma de uso justo de este tipo en nuestro sistema de propiedad intelectual, estaríamos en condiciones de enfrentar con solidez los nuevos desafíos de esta era tecnológica y de capitalizar con éxito sus beneficios económicos, sociales y culturales.

²⁷² Israel Copyright Act, 2007. Chapter 4, párrafo 19. Op. Cit.

Capítulo VI.

Conclusiones

Hemos podido constatar que las últimas innovaciones tecnológicas han revolucionado por completo el sistema de propiedad intelectual a nivel mundial, abriendo fuertes tensiones entre la protección de los derechos de autor y el interés público. Reencontrar el equilibrio es el desafío que muchos observan con atención ante la inminente victoria de la inflación regulatoria que a paso álgido ha mermado garantías mínimas de acceso al conocimiento e incentivo de la creatividad.

Para el autor Peter Drahos, estos rasgos recientes de transformación del régimen de propiedad intelectual internacional encierran un serio costo para el nuevo milenio. El autor establece un nexo entre los TRIPS y una serie de temas críticos de la agenda global, como son el incremento de las desigualdades de ingresos, entre países desarrollados y en vías de desarrollo, los beneficios excesivos, el poder y la influencia de las grandes empresas sobre el gobierno, la pérdida de la soberanía nacional, la globalización, las cuestiones morales sobre el uso y la dirección de la biotecnología, la seguridad alimentaria, la biodiversidad (estos últimos tres temas en vinculación con las patentes de plantas, semillas y genes), el desarrollo sustentable, la autodeterminación de los pueblos indígenas, el acceso a los servicios de salud y los derechos de los ciudadanos a los bienes culturales.²⁷³ Para SMIERS, esta relación de temas críticos del mundo global explica perfectamente que el sustancial fortalecimiento del régimen del *copyright* se debe contemplar en un marco de referencia más amplio, desde la globalización de la apropiación privada de los conocimientos y la creatividad por parte de entidades globales oligopólicas, y la correspondiente desigualdad entre los ricos y los pobres del mundo y los efectos adversos sobre nuestras necesidades más básicas.²⁷⁴

²⁷³ DRAHOS, Peter., BRAITHWAITE, John. Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy? Londres, Earthscan. 2002., en SMIERS, Joost. Op.Cit. p. 65.

²⁷⁴ SMIERS, Joost. Op. Cit. p. 65.

Lo claro es que la economía de las industrias que se basan en los derechos de autor desde la producción y difusión de conocimientos y productos basados en el conocimiento, representa a nivel mundial una inmensa fuente de creación de riqueza y empleo, en continuo ascenso. De este proceso, pocos son los países que han capitalizado sus beneficios, y más aún, dichos beneficios son proporcionales a la postergación de las posibilidades de progreso de los países más pobres.²⁷⁵

Como señala la UNESCO:

Los derechos de autor se han convertido en uno de los medios más importantes para regular el flujo internacional de las ideas y los productos basados en el conocimiento, y constituirán un instrumento central para las industrias del conocimiento del siglo XXI. Quien controle los derechos de autor contará con una ventaja significativa en la economía mundial emergente basada en el conocimiento. La propiedad de los derechos de autor se encuentra principalmente en manos de grandes naciones industrializadas y de las grandes empresas multimedia, lo que supone una desventaja significativa para los países con bajos ingresos per cápita y para las economías más pequeñas.²⁷⁶

Para los países en vías de desarrollo, los beneficios de un sistema de derechos de autor fortalecido son muchas veces inferiores a los perjuicios que conlleva su fortalecimiento para el desarrollo del conocimiento y la innovación nacionales. En un contexto en que el paradigma de *a mayor protección mayor incentivo a la creación* es puesto en entredicho²⁷⁷, es forzoso cuestionar las motivaciones que fundamentan la actual inflación de protección del derecho de autor, donde el fundamento más visible parece ser la defensa de un modelo de negocios en abierta caída ante la revolución digital.

²⁷⁵ COMISIÓN sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Op. Cit. p. 95.

²⁷⁶ UNESCO, World Information Report 1997/98. París, 1998. p. 320. Disponible en [http://www.unesco.org/webworld/com_inf_reports/wirenglish/chap23.pdf] Consulta 3 Septiembre 2012

²⁷⁷ HARGREAVES, Ian. Op. Cit., SMIERS, Joost. Op. Cit. p. 41-46.

Si bien los beneficios potenciales del desarrollo de las industrias basadas en los derechos de autor en algunos países en desarrollo pueden ser tentadores²⁷⁸, resulta difícil no llegar a la conclusión, tomando en cuenta la evidencia que arroja la experiencia del mundo en vías de desarrollo en general, de que el impacto negativo de una mayor protección de los derechos de autor es probablemente más inmediato y significativo para la mayoría de los países más desventajados, acentuando la brecha en el nivel de conocimientos entre los países ricos y pobres.²⁷⁹

En palabras del Banco Mundial:

Si la diferencia en el nivel de conocimientos se agranda, el mundo se dividirá aún más, no sólo por sus disparidades de capital y de otros recursos, sino por su disparidad en el nivel de conocimientos. Cada vez más, el capital y otros recursos se dirigirán a aquellos países que poseen la base más sólida de conocimientos, reforzando así esta desigualdad.²⁸⁰

Por estas razones, y con el fin de mejorar el acceso a las obras protegidas e incentivar oportunidades más equitativas para el ámbito de la educación, investigación e innovación, los países en vías de desarrollo deberían adoptar prontamente medidas que favorezcan la competencia y la innovación desde las leyes de derechos de autor. Se les debería permitir conservar o adoptar exenciones de carácter amplio en sus leyes nacionales, para usos fundamentales como son la educación, investigación, y el incentivo de la creatividad en general.

²⁷⁸ La industria del software de la India es uno de los pocos ejemplos de industrias basadas en derechos de autor con resultados exitosos entre los países en vías de desarrollo. Entre 1994-95 y 2001-02, los ingresos brutos en este sector aumentaron de 787 millones de dólares a 10.200 millones de dólares, y hacia principios del 2002 el sector software y servicios empleaba alrededor de 520.000 trabajadores. Sin embargo, el sector alcanzó tal desarrollo gracias a la potenciación de la infraestructura local para dicho propósito, factor de carácter excepcional entre los países más postergados. Fuente de datos: Asociación Nacional de Empresas de Software y Servicios de la India (NASSCOM). Información citada en Comisión de Derechos de PI. (2002). Op. Cit. p. 97.

²⁷⁹ Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual.(2002). Op. Cit. p. 99

²⁸⁰ BANCO MUNDIAL World Development Report 1998/99: Knowledge for Development, Banco Mundial, Washington D.C., (1999). p. 4. Disponible en [<http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/>] Consulta 10 Septiembre 2012.

La implementación de estándares internacionales de derechos de autor en estos países, como el nuestro, debiera llevarse a cabo teniendo en consideración las circunstancias y necesidades nacionales, como una suerte de filtro a las medidas proteccionistas que la legislación internacional de los países desarrollados promueve con tanto ahínco. Las reformas a las legislaciones de propiedad intelectual no debieran nunca perder de vista la urgente necesidad de mejorar la disponibilidad de accesos al conocimiento, y su importancia vital para el desarrollo social y económico nacional.²⁸¹

En palabras de un destacado experto en propiedad intelectual:

Quando un país en desarrollo decide entablar relaciones internacionales sobre derechos de autor, normalmente se da cuenta que existe una distancia ostensible entre lo que necesita para satisfacer sus requisitos (en los ámbitos de la educación y la transferencia de tecnología) y el nivel de protección exigido por instrumentos multilaterales como el Convenio de Berna.²⁸²

Como mencionábamos anteriormente, una de las razones por las que las actuales economías desarrolladas han alcanzado tal avance tecnológico y cultural se explica por las flexibilidades con las que contaron en la primera era del *copyright*, para el acceso libre a diversas fuentes de conocimiento, que cimentarían las bases del progreso del futuro. Estados Unidos, por ejemplo, justificó su negativa continuada a otorgar protección de derechos de autor a autores extranjeros durante el siglo XIX, alegando que esta medida era necesaria para satisfacer las necesidades de adquirir conocimientos y educación.²⁸³ Este caso, como otros tantos, demuestra que en el pasado unos niveles bajos de aplicación de los derechos de autor han tenido un impacto positivo en la difusión del conocimiento y de los productos basados en el conocimiento en los países desarrollados. Esto explica que en los inicios del *copyright* del Estatuto de Ana, y posteriormente en la jurisprudencia norteamericana, la doctrina del *fair use* – o *fair abridgment*- emergiera fuertemente, como elemento equivalente al rol protector del derecho de autor.

²⁸¹ Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual. (2002). Op. Cit. p. 104.

²⁸² RICKETSON, S. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London. (1987) p. 587. Cita extraída de Comisión sobre Derechos de PI. (2002). Op. Cit. p. 100.

²⁸³ Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual. (2002). Op. Cit. 101.

Teniendo en cuenta que el escenario actual es muy distinto al de aquellos años, donde la sobreprotección del derecho de autor es la regla, la implementación de una norma de uso justo en nuestro derecho aparece como una herramienta clave y de justicia para nuestra sociedad, que responde adecuadamente a las urgentes necesidades de acceso y difusión del conocimiento y contribuye al equilibrio deseable entre la protección de los intereses de titulares de derechos de autor y el acceso al conocimiento. Apostar por una norma de este tipo implica también apostar por el desarrollo de una propia identidad cultural, que desde su propia creatividad e inventiva ofrezca la oportunidad de fortalecer los valores de una sociedad verdaderamente democrática.

Bibliografía

ALVAREZ V., Daniel. En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor. *International Centre for Trade and Sustainable Development* (ICTSD), Documento de Política 12, diciembre 2011. P. 2, 3. Disponible en [<http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>]

ALVAREZ, Daniel., PAIVA V. Marcela. Reformas a la ley chilena de propiedad intelectual: el desafío de una regulación equilibrada. G-20 y Gobernanza Global. *International Centre for Trade and Sustainable Development*. Volumen 11. Nro 2. Julio 2010. p. 15-16. Disponible en [<http://ictsd.org/downloads/puentes/puentes11-2.pdf>]

Access to Knowledge for Consumers. (AA). Reports of Campaigns and Researchs 2008-2010. Consumers Internacional. Kuala Lumpur 2010. Disponible en [http://www.consumersinternational.org/media/453199/a2k-reports2010_b.pdf]

APEC-IPEG Survey on Copyright Limitation & Exceptions. Report on Copyright L&E in APEC Economies. 29th Intellectual Property Expert's Group Meeting, Singapore, 28-29 July 2009.

BAESLER, Wencke. Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany. How much Fair Use do we need in the Digital World? Disponible en [http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf]

BANCO MUNDIAL. World Development Report 1998/99: Knowledge for Development, Banco Mundial, Washington D.C., (1999). Disponible en [<http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/>]

BARNARDISTON, *Report of Gyles v. Wilcox* (London 1741). Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22uk_1741%22]

BIMHACK, Michael, ELKIN-KOREN, Niva. Meeting on Limitations and Exceptions to Copyright in Israel, hosted by IViR and PIJIP, december 2011. Disponible en [<http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/05/Israel-v-May-2012.pdf>]

BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England. (1766). Disponible en [<http://www.copyrighthistory.org/>]

BURK, Dan., COHEN, Julie. Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems. Disponible en [<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/tprcfairuseinfra.pdf>]

CANALES, María Paz, SOFFIA, María del Pilar. Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor: análisis del derecho comparado y bases para una regulación nacional. Memoria de título, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

CANALES, María Paz, SOFFIA, María del Pilar. La regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección de los Derechos de Autor y el Dilema del Acceso a la Cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?, artículo publicado en Acceso a la Cultura y Derechos de Autor, edición de Alberto Cerda, ONG Derechos Digitales, 2008.

Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Reino Unido. Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. 2ª Edición, noviembre 2002. Disponible en línea
[http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Spanish_RR.pdf]

Computer and Communication Industry Association. (AA) Fair Use in U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relyin on Fair Use, 2010. Disponible en [http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2010/04/fairuseeconomy.pdf]

DEFOE, Daniel. An Essay on the Regulation of the Press. 1704. Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1704%22]

FLYNN, Sean M., BAKER, Brook., The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement. American University International Law Review, Vol. 28. No. 1. 2012. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185402].

GORDON, Wendy. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors. 82. Colum. L. Rev. 1600; 1982. Disponible en línea en [http://www.detritus.net/rhizome/legal/Gordon-Fair_Use.html].

GINSBURG, Jane. From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law. Columbia Law School, Public Law & Legal Theory

Working Paper Group. Paper number 8 (2003). Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493]

HARGREAVES, Ian. Digital Oportunity. A review of Intellectual Property and Growth. Mayo 2011. Disponible en línea: [<http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>].

Harvard Law School. (AA) Signal /Noise 2K5 Creative Revolution? 2005. Disponible en [http://www.cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFinal.pdf]

HARPER, Georgia. Using the Four Factor Fair Use Test. Disponible en [<http://www.utsystem.edu/OGC/IntellectualProperty/copypol2.htm#test>]

HEAPHY, Mark. The Impact of the Digital Millenium Copyright Act. Wiggin & Dana, LLP. Disponible en [<http://www.wiggin.com/files/m%20heaphy%20impact%205-5-2003.pdf>]

HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. Will fair use survive? Free Expresión in the Age of Copyright Control. Brennan Center for Justice, NYU School of Law. 2003. Disponible en [<http://www.fepproject.org>].

HUGENHOLTZ, P. Bernt, SENFTLEBEN, Martin R.F. Fair use in Europe. In search of flexibilities. Vrije Universiteit, Amsterdam. Noviembre 2011. Disponible en [<http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>]

HUGENHOLTZ P., Bernt. Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. 2010. Disponible en línea [<http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/opinion-EIPR.html>].

HURWITZ, Daniel. A proposal in Hindsight: Restoring Copyright's Delicate Balance by Reworking 17 U.S.C. 1201. 2005. Disponible en [http://www.lawtechjournal.com/articles/2005/01_050528_hurwitz.pdf]

KU, Raymond Shih Ray., Consumers and Creative Destruction: Fair Use Beyond Market Failure. Berkeley Technology Law Journal, 2003. Disponible en [<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol18/Ku.stripped.pdf>]

KU, Raymond Shih Ray, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69. U.CHI.L.REV.263 (2002).

LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas*. Random House New York, 2001.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Libre*. Cómo los grandes medios están usando las tecnologías y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad. 2005. Disponible en [<http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf>]

LESSIG, Lawrence. *El Código 2.0*. Editorial Traficantes de Sueños, Madrid 2009.

MUELLER, Jennifer R.R., *All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling*, 2006, Indiana University School of Law, Indiana Law Journal. Disponible en http://www.law.indiana.edu/ilj/volumes/v81/no1/22_Mueller.pdf

SANCHIS, María Trinidad. *Derechos de autor, digitalización e internet*. Universitas, Madrid, 2004.

SAG, Matthew. *The Prehistory of Fair Use*. Brooklyn Law Review, Vol. 76:4. 2011. Disponible en línea [<http://ssrn.com/abstract=1663366>].

SAG, Matthew. *Predicting Fair Use*. Loyola University Chicago Law School. Public Law & Legal Theory Research Paper No. 2012-05. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1769130>]

SAMUELSON, Pamela. *Unbundling Fair Uses*, 77. Fordham Law Review (2009). Disponible en [<http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub17887.pdf>]

SAMUELSON, Pamela. *The Generativity of Sony v. Universal: The intellectual Property Legacy of Justice Stevens*. Law Review. p. 132. Disponible en [<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/Sony%20legacy%20FLR.pdf>]

SELTZER, Wendy. *Lo imperfecto es enemigo de lo bueno: leyes antielusión versus innovación abierta*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile. Vol. 1. N° 1. (2012).

SHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism, and Democracy* 84. Harper Perennial 1976.

SMIERS, Joost., VAN SCHIJNDEL, Marieke. *Imagine No Copyright*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2008.

STORY, Alan, DARCH, Colin, HALBERT, Deborah. *The Copy/South Dossier. Issues in the economics, politics, and ideology of copyright in the global South*. The Copy/South Research Group. 2006. Disponible en [<http://www.copysouth.org>]

TORREMANS, Paul L.C (editor). *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression-Intellectual Property-Privacy*. Information Law Series nro 14. Kluwer Law International. 2004. 181p.

UNESCO, *World Information Report 1997/98*. París, 1998. Disponible en [http://www.unesco.org/webworld/com_inf_reports/wirenglish/chap23.pdf]

UNESCO. *La propiedad intelectual como derecho humano*. Boletín de derecho de autor, volumen xxxv, n° 3, julio- septiembre 2001. Ediciones UNESCO. Disponible en [<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>]

VILIMPOC, Max. *The Digital Millennium Copyright Act. Observations and Critical Questions*. 2002 WISE Intern. Disponible en [<http://www.wise-intern.org/journal/2002/maxvilimpoc.pdf>]

WATSON, Margaret E., *Unauthorized Digital Sampling in Musical Parody: A Haven in the Fair Use Doctrine?* *Western New England Law Review*, Volume 21 21 (1999) Issue 2 Symposium: *Employment Practices Liability Insurance and the Changing American Workplace* Article 9., pág. 477. Disponible en [<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=lawreview>]

Legislación:

EE.UU. The Constitution of the United States of America. Disponible en [<http://www.law.cornell.edu/constitution/>]

EE.UU. The Copyright Law of the United States and Related Laws Contained en Title 17 of the United States Code. Circular 92, octubre 2009. Disponible en [<http://www.copyright.gov/title17/>]

EE.UU. The Digital Millennium Copyright Act of 1998. U.S. Copyright Office Summary. Disponible en [<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>].

CHILE. Ley N° 17.336. Cap. III. Título V. Reformada por la ley N° 20.435, publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de mayo de 2010. Disponible en [<http://s.bcn.cl/mn9>]

CHILE. Ley N° 19.914. Adecuación legislativa conforme al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Diario Oficial de 19 de noviembre de 2003. Disponible en [<http://s.bcn.cl/1n7t>]

CHILE. Ley N° 19.912. Adecuación legislativa conforme a los acuerdos de la OMC suscritos por Chile. Diario Oficial de 4 de noviembre de 2003. Disponible en [<http://s.bcn.cl/1n7u>]

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Disponible en [http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html]

REINO UNIDO. Copyright, Designs and Patents Act 1988, UK. Disponible en [<http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf>]

UNION EUROPEA. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Disponible en [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R(01):ES:HTML)]

ISRAEL. Israel Copyright Act, 2007. Chapter 4: Permitted Uses. Párrafo 22. Traducción libre. Disponible en [<http://www.tau.ac.il/law/members/birnhack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>]

Enlaces jurisprudencia:

Burnett v. Chetwood, Burnet's Bill of Complaint and Chetwood's Answer, The National Archives (1721), Primary Sources on Copyright 1450-1900. Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranscription/%22uk_1721_a_im_001_0001.jpg%22]

Commentary on: Gyles v. Wilcox (Atkyn's Reports), United Kingdom (1741). Disponible en [http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1741%22]

Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc., 1984, Supreme Court of the United States. Disponible en [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm]

Maxtone-Graham v. Burtchaell, 2° Circuit, 1986. Disponible en [<http://www.studentweb.law.ttu.edu/cochran/Cases%20&%20Readings/Copyright-UNT/maxtonegraham.htm>]

Salinger v. Random House, Inc. 2nd. Circuit., 1987. Disponible en [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm]

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 US 569 - Supreme Court 1994. Disponible en [http://scholar.google.cl/scholar_case?case=16686162998040575773&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarr&sa=X&ei=2NYUMDgK4bc8wT4nIHYA&ved=0CBcQgAMoADA]

Grand Upright Music, Ltd. v. Warner Bros. Records Inc. on Wikipedia Disponible en http://en.wikipedia.org/wiki/Grand_Upright_Music,_Ltd._v._Warner_Bros._Records,_Inc.

Bridgeport Music v. Dimension Films, 410. F.3D 792 (6th Cir. 2005). Disponible en [http://en.wikipedia.org/wiki/Bridgeport_Music,_Inc._v._Dimension_Films]

Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. (Betamax Case), Disponible en [http://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios,_Inc.]

Williams & Wilkins Co. v. United States. Disponible en [\[http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/c487F2d1345.html\]](http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/c487F2d1345.html)

Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 - Dist.Court, SD New York 1991. Disponible en [\[http://scholar.google.cl/scholar_case?case=2056409483539120279&q=Basic+Books,+Inc.+v.+Kinko%C2%B4s+Graphic+Corp&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1\]](http://scholar.google.cl/scholar_case?case=2056409483539120279&q=Basic+Books,+Inc.+v.+Kinko%C2%B4s+Graphic+Corp&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1)

A & M RECORDS, INC. v. Napster, Inc. 239 F. 3d. 1004. Court of Appeals, 9th Circuit, 2001. Disponible en [\[http://scholar.google.cl/scholar_case?case=14102696336550697309&q=a%26m+records+inc.+v.+napster+inc&hl=en&as_sdt=2.5&as_vis=1\]](http://scholar.google.cl/scholar_case?case=14102696336550697309&q=a%26m+records+inc.+v.+napster+inc&hl=en&as_sdt=2.5&as_vis=1)

Bridgeport Music. v. Dimension Films, 410. F.3D 792 (6th Cir. 2005). Disponible en [\[http://www.invispress.com/law/copyright/bridgeport.html\]](http://www.invispress.com/law/copyright/bridgeport.html)

Newton v. Diamond, 9th Cir. 2004. Disponible en [\[http://www.invispress.com/law/copyright/newton.html\]](http://www.invispress.com/law/copyright/newton.html)

Otros enlaces:

WIKIPEDIA. Stop Online Piracy Act (SOPA), disponible en [\[http://es.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act\]](http://es.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act)

WIKIPEDIA. Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (ACTA), disponible en [\[http://es.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement\]](http://es.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement)

WIKIPEDIA. Electronic Frontier Foundation. *Defending your rights in the digital world*, disponible en [\[https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/whats-wrong-tpp.\]](https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/whats-wrong-tpp)

WIKIPEDIA *Trans Pacific Partnership*, disponible en [\[http://es.wikipedia.org/wiki/Acuerdo_Estrat%C3%A9gico_TransPac%C3%ADfico_de_Asociaci%C3%B3n_Econ%C3%B3mica\]](http://es.wikipedia.org/wiki/Acuerdo_Estrat%C3%A9gico_TransPac%C3%ADfico_de_Asociaci%C3%B3n_Econ%C3%B3mica)

WIKIPEDIA. Fair Dealing. Disponible en [\[http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing\]](http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing)

WIKIPEDIA. Fair Use. Disponible en [http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_use].

History of Copyright. Statute of Anne. 1a Parte. Disponible en [<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>]

An act for the encouragement of learning, introducida a la Casa de los Comunes el 3 de marzo de 1737. Disponible en The Copyright History [<http://www.copyrighthistory.org>].

Introduction to market failure, Master of Public Administration. Disponible en [<http://tutor2u.net/economics/presentations/aseconomics/marketfailure/IntroductionMarketFailure/default.html>]

United States Trade Representative, Special 301 Report on Intellectual Property Rights (2011), disponible en [http://www.ustr.gov/webfm_send/2849]

VAIDHYANATHAN, Siva, *On copyrights and wrongs*. Disponible en [<http://interviews.slashdot.org/article.pl?sid=02/05/15/166220>.]

DE LA MAZA, Iñigo. *Nueva Ley de Propiedad Intelectual: un alcance fundamental*. Columna de opinión en *El Mostrador on line*, 29 de mayo 2010. Disponible en [<http://www.elmostrador.cl/opinion/2010/05/29/nueva-ley-de-propiedad-intelectual-un-alcance-fundamental/>]

EFRONI, Zohar. Israel's Fair Use. 30 de Enero, 2008. Disponible en [<http://cyberlaw.stanford.edu/node/5670>]