



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**TENSIONES ACTUALES EN EL DERECHO DE AUTOR: ELEMENTOS
PARA UNA RELECTURA DESDE EL INTERÉS PÚBLICO Y LOS
DERECHOS HUMANOS**

ARIEL ARELLANO VALDÉS

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**PROFESOR GUÍA:
DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA**

Santiago de Chile

2018

La propiedad hace del poeta un Crespo o un mendigo; sólo la igualdad sabe honrarlo y aplaudirlo.

Pierre-Joseph Proudhon, “¿Qué es la propiedad?”

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Daniel Álvarez por sus siempre atentas observaciones y agudos consejos, todos los cuales me resultaron de gran ayuda. Agradezco también a Karen Petersen, quien me sirvió como sagaz interlocutora respecto de algunos planteamientos vertidos en este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS USADAS	7
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	10
1. EL DERECHO DE AUTOR: PANORAMA NORMATIVO Y SOCIAL	15
1.1. Fisonomía legal del derecho de autor.	15
1.1.1. Definiciones.	15
1.1.2. El enfoque anglosajón y el europeo continental.	18
1.1.3. Estructura y contenido del derecho de autor.	24
1.1.4. El derecho de autor en el derecho chileno.	33
1.2. El derecho de autor en la sociedad de la información.	37
1.2.1. Las nuevas tecnologías y el impacto digital.	38
1.2.2. El derecho de autor en el mercado global.	47
1.3. Conclusiones.	52
2. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.....	54
2.1. Tensiones internas: las funciones del derecho de autor bajo escrutinio.	57
2.2. Tensiones económicas, sociopolíticas y socioculturales.	70
2.3. Interferencia con otras regulaciones.	83
2.4. Conflictividad con derechos humanos.	88
2.4.1. Libertad de expresión y derecho a la información.	89
2.4.2. Derecho a la privacidad.	99

2.4.3. Derecho a la educación.....	109
2.5. Conclusiones.....	111
3. DERECHO DE AUTOR E INTERÉS PÚBLICO: LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR.....	113
3.1. El interés del autor/titular o el del público: ¿cuál importa más?	113
3.2. Los límites del derecho de autor.....	124
3.2.1. El dominio público o patrimonio cultural común.	134
3.2.2. El agotamiento del derecho por primera venta.....	135
3.2.3. Las limitaciones y excepciones al derecho de autor.....	136
3.3. Conclusiones.....	144
4. EL DERECHO DE AUTOR VISTO EN PERSPECTIVA PÚBLICA.....	146
4.1. Problemas que enfrenta la noción de interés público dentro de la tradición del <i>droit d'auteur</i>	147
4.2. Lo público y lo privado en el derecho de autor.	154
4.3. Lineamientos para una concepción no instrumental del interés público.	166
4.3.1. El interés público como armonización de libertades individuales: el público como sujeto de derechos.....	168
4.3.2. El interés público como interés comunicativo: autoría, comunicación y participación cultural.	176
4.4. Conclusiones.....	191
5. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS HUMANOS: POSIBILIDADES PARA UNA RELECTURA.....	192
5.1. El derecho de autor en el derecho internacional de los derechos humanos.	192
5.1.1. Interpretación, gramatical, lógica y sistemática de los textos.	195

5.1.2. Antecedentes de historia fidedigna.....	198
5.1.3. Interpretaciones doctrinarias.....	202
5.1.4. Interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC).....	211
5.2. Nuestra posición.	226
5.3. Conclusiones.....	238
CONCLUSIONES FINALES	240
BIBLIOGRAFÍA.....	243
JURISPRUDENCIA CITADA	263

ABREVIATURAS USADAS

INSTRUMENTOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, del 15 de abril de 1994, ratificado por Chile el 28 de diciembre de 1994	ADPIC
Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias, Artísticas y Científicas, del 9 de diciembre de 1886, Acta de París, del 24 de julio de 1974, y enmendado el 28 de septiembre de 1979, ratificado por Chile el 25 de febrero de 1971.....	CB
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948.....	DADDH
Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948	DUDH
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972	PIDESC
Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, del 20 de diciembre de 1996, ratificado por Chile el 11 de abril de 2001	TODA

LEGISLACIÓN CHILENA

Código Civil	CC
Constitución Política de la República	CPR
Ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual, del 2 de octubre de 1970	LPI

ORGANISMOS INTERNACIONALES

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
de la ONU..... Comité DESC

Consejo Económico y Social de la ONU ECOSOC

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual..... OMPI

TRIBUNALES

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito
del Distrito de Columbia D.C. Cir.

Corte de Distrito de los Estados Unidos por el Distrito
Sur de Nueva York S.D.N.Y.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte I.D.H.

Corte Suprema de los Estados Unidos U.S.S.C.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina TJCA.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto proporcionar una mirada general a los conflictos y tensiones que la época presente, marcada por la revolución tecnológica y la globalización económica, ha planteado al derecho de autor, y explorar las posibilidades de mitigar esas tensiones introduciendo una lógica de interés público y una lectura en clave de derechos humanos. Se ofrece un diagnóstico crítico sobre la situación actual de esta regulación legal, para a continuación presentar la idea de interés público al modo de un principio subyacente al derecho de autor, indicando los rastros de su presencia en la normativa tanto internacional como doméstica e indagando por su significado preciso, cerrando con un estudio interpretativo de las disposiciones de tratados sobre derechos humanos vigentes que atañen directamente al derecho de autor, el cual culmina con una propuesta original de interpretación de las mismas. En líneas generales, las indagaciones realizadas pretenden avanzar una defensa de la legitimidad del ideal jurídico del acceso a la cultura, como contrapartida de la protección a los derechos de autor.

PALABRAS CLAVE: derecho de autor, copyright, interés público, derechos humanos, acceso a la cultura, límites del derecho de autor.

INTRODUCCIÓN

Se suele aceptar sin problemas que el fundamento teórico de la propiedad intelectual está en las necesidades de la humanidad en materia acceso al saber, y en el interés general por fomentar la búsqueda del conocimiento.¹ Se estima que, en pos de estas metas, recompensar a los autores con derechos de exclusividad sobre sus obras es una técnica legal justa y beneficiosa. En pleno siglo XXI, sin embargo, lo anterior ya no convence como antes. El auge de la tecnología digital, la expansión global de Internet como un impresionante medio de comunicación y distribución de información y contenidos de variada índole (texto, imágenes, música, obras audiovisuales y multimedia, etc.), el debilitamiento de algunos modelos de negocios en la economía de medios y la emergencia de otros nuevos, la globalización y la generalización del libre comercio internacional como objetivo asumido y fomentado por los Estados nacionales, la centralidad del conocimiento y las tecnologías en la economía de la sociedad de la información, en relación a la carrera de los países en desarrollo por alcanzar estándares de vida y bienestar semejantes a los del hemisferio Norte desde condiciones desiguales; son muchos los factores que han introducido nuevas dimensiones y tensiones en el área de la propiedad intelectual. En cuanto concierne al derecho de autor, nos encontramos con un subsistema legal severamente disputado al punto que sus fundamentos y propósitos son llamados a interrogación. Tal como lo dijera Pierre SIRINELLI hace ya casi dos décadas: “La cuestión fundamental radica en determinar si la

¹ LIPSZYC, 2005, p. 39.

delicada construcción elaborada en el siglo XIX sigue siendo pertinente; o si habría que volver a pensar todo el asunto, sobre todo en razón de la ‘revolución digital’².

En años recientes se han visto intentos de legislar con el objetivo de maximizar la protección de los derechos de autor, pero la resistencia que han despertado es indicio de que algo falta, o tal vez sobra, en tales iniciativas.³ Con el presente estudio buscaremos traer a consideración de nuestro medio jurídico, precisamente, aquello que suele faltar o sobrar en el derecho de autor cuando es entendido como conjunto de normas de mera protección. Nuestro punto de partida es que existen intereses públicos irrenunciables relacionados con la creación intelectual, los cuales no se satisfacen con un derecho de autor centrado únicamente en el amparo restrictivo de intereses individuales de los creadores y sus intermediarios comerciales.

Frente a un derecho de autor en expansión, aumenta la urgencia y la presión por buscar vías de escape para los usuarios que desean más que nunca compartir y crear sin trabas legales innecesarias o indebidas. Tal como veremos, una

² SIRINELLI, 1999, p. 3.

³ A modo de ejemplo, los controvertidos proyectos SOPA (*Stop Online Piracy Act*) y PIPA (*Protect IP Act*) en EE.UU., cuya tramitación se suspendió gracias a la masiva oposición de usuarios de Internet y organizaciones de derechos humanos alrededor del mundo, sumada a la protesta de los gigantes de Internet (Google, Yahoo, Wikipedia, Facebook, Reddit, entre muchos otros) que juzgaban dicha legislación como altamente lesiva para la privacidad, la innovación y la libertad de expresión en la Web. Cosa similar sucedió con la discusión de la Ley Sinde en España y la Ley Lleras en Colombia. En Chile, mientras tanto, especial atención requiere la reciente ratificación del acuerdo multilateral *Trans Pacific Partnership* (TPP), promovido por EE.UU. y cuyo capítulo de Propiedad Intelectual pretende establecer medidas como una ampliación generalizada del plazo de protección a 70 años –estándar ya vigente en Chile– para los 12 países firmantes, y la penalización de las acciones que eludan tiendan a eludir medidas tecnológicas de protección, incluso sin intencionalidad, al margen de que con ellas se infrinja o no algún derecho de autor en lo concreto.

preocupación genuina por los problemas que busca afrontar el derecho de autor pasa por cuestionar, en primer lugar, su acentuada y creciente mercantilización. En este sentido, nuestra propuesta es un derecho de autor más cercano al ámbito de los derechos humanos; uno que arranque, por tanto, de la dignidad humana y no de intereses económicos transnacionales que poco tienen que ver con su garantía y promoción.

Los objetivos que se propone, entonces, este trabajo son los siguientes:

- i. Objetivo general: ofrecer elementos para un debate de fondo sobre el derecho de autor y sus perspectivas ya no sólo privadas, sino ante todo públicas, con la intención de introducir en el medio local discusiones que se han desarrollado ampliamente en el contexto jurídico del *common law*.

b) Objetivos específicos:

- i. Dar cuenta del momento actual que vive el derecho de autor, en lo que respecta sobre todo a su relación conflictiva con las nuevas tecnologías y su transmutación en un asunto más del comercio internacional.
- ii. Identificar críticamente las zonas de tensión que replantean y renuevan el interés actual en las normas sobre derecho de autor.
- iii. Explicitar el contenido del interés público que justifica la existencia de límites a la protección del derecho de autor, así como la propia vigencia del mismo.
- iv. Desarrollar la vinculación del derecho de autor con los derechos humanos y sus eventuales consecuencias normativas.

- v. Comprender y valorizar el rol del acceso a la cultura como fuente de límites al derecho de autor.

La metodología consistirá en análisis de textos legales y de doctrina (nacional y extranjera, aunque –dada la notoria escasez de discusión sobre esta temática en el ámbito local e incluso regional– con énfasis en la segunda), documentos oficiales de organismos internacionales que contengan pronunciamientos sobre la materia, y algunas citas de jurisprudencia comparada, recogiendo diversos pronunciamientos, definiciones, análisis y opiniones de especialistas con miras a articular un planteamiento coherente, y buscando en cuanto sea posible y pertinente extraer conclusiones originales acerca de los problemas tratados.

El orden del trabajo será el siguiente. En el Capítulo 1 se examinará panorámicamente la normativa actual del derecho de autor, con base en las normas internacionales y en la ley chilena vigente, y se explicarán los dos principales fenómenos sociales que explican dicho *statu quo* así como la evolución normativa que lo precedió. En el Capítulo 2 se pasará revista a los principales focos de conflicto que es posible identificar actualmente en torno al derecho de autor, bajo una mirada crítica. En el Capítulo 3 se introducirá la idea de interés público y se examinarán las formas concretas en que el legislador autoral pretende darle cabida. En el Capítulo 4 se buscará destacar los aspectos públicos del derecho de autor, para lo cual exploraremos el concepto de lo público con miras a obtener un concepto satisfactorio y compatible con nuestra tradición jurídica, de lo que significa el interés público. En el Capítulo 5 se estudiarán las normas de derechos humanos que se vinculan con el derecho de autor, con el objeto de enfrentar la pregunta de si el derecho de autor es un derecho humano, y qué efectos tiene

pensar al derecho de autor desde los derechos humanos, concluyendo con una propuesta interpretativa original.

1. EL DERECHO DE AUTOR: PANORAMA NORMATIVO Y SOCIAL

Comenzaremos por un repaso de los conceptos básicos del derecho de autor, para luego analizar su configuración y articulación legal con especial mención al derecho chileno. No se tratará en este primer capítulo lo relativo a los fines, funciones o en general justificaciones sustantivas del derecho de autor, a las que sin embargo aludiremos en momentos posteriores.⁴ Se ofrecerá, por último, una breve cuenta de las transformaciones recientes ocurridas en el derecho de autor, así como de su relación con los dos hitos definitorios del momento histórico en el que dichas transformaciones cristalizaron: la revolución digital y la globalización económica.

1.1. Fisonomía legal del derecho de autor.

1.1.1. Definiciones.

El derecho de autor tiene como función la protección de las obras del intelecto humano.⁵ Sistemáticamente, su estudio forma parte del área de la

⁴ V. *infra*, 2.1 y 4.2.

⁵ La aserción de que el derecho de autor protege a las obras es un tanto engañosa, pese a ser de uso común. A nuestro entender lo que “protege” el derecho de autor, *stricto sensu*, son determinados intereses de autores y derechohabientes, los que a su vez se posan sobre la respectiva obra.

propiedad intelectual,⁶ junto con el derecho de marcas y el derecho invencional (que comprende patentes, descubrimientos y modelos industriales).⁷

En su aspecto subjetivo se ha definido al derecho de autor como el “conjunto de facultades del que goza un autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada”. En un sentido objetivo, la misma expresión denota la materia o rama del derecho que trata estos asuntos, vale decir, del estatuto de la autoría y los derechos que de ella emanan.⁸

Para que una obra pueda gozar de protección es preciso que, ante todo, cumpla con dos requisitos fundamentales: poseer suficiente originalidad y estar dotada de una forma de expresión.⁹ Con respecto a esto último, es un principio básico y universalmente aceptado del derecho de autor el que las meras ideas o procedimientos al margen de su expresión formal (por ejemplo, como escritura o

⁶ Emplearemos el término “propiedad intelectual” por el solo motivo de que su uso se ha estandarizado en la literatura jurídica especializada. Ello pese a compartir las apreciaciones de SATANOWSKY (entre otros) al respecto: “El empleo de la palabra ‘propiedad’ en muchos casos es más publicitario que jurídico. Facilita el amparo dentro del ambiente capitalista por tener más fuerza y facilidad de convicción que el de ‘derecho’” (1954, p. 44). (El autor prefiere la denominación “derecho intelectual”, a su juicio menos equívoca.)

⁷ ANTEQUERA PARILLI, 2000, p. 7.

⁸ ÁLVAREZ NAVARRETE, 2006, p. 38.

⁹ COLOMBET, 1997, p. 9.

imagen) no otorgan derechos exclusivos a quien reclame su autoría.¹⁰ Sobre este importantísimo punto explica acertadamente COLOMBET:

En efecto, se sanciona severamente el derecho de autor que crea un monopolio a favor del creador, porque se considera intolerable el hecho de tutelar las ideas; las creaciones podrían verse obstruidas al tener que solicitar la autorización de los pensadores: por ejemplo en el campo de la ciencia, sería difícil el acceso a los avances del progreso si se exigiera la aprobación de los científicos, cuyas ideas hubieran sido la base de los descubrimientos.¹¹

Un aspecto central a tener en cuenta cuando se estudia el derecho de autor, es que se trata de una materia muy relacionada con el derecho internacional. Esto significa no sólo que –como veremos a continuación– las concepciones mismas del derecho de autor difieren en distintas latitudes, sino también que –quizá más importante que lo anterior–, atendidas las condiciones del tráfico jurídico internacional, muchos aspectos normativos han ido homogenizándose a lo largo del tiempo, lo que permite una consideración general del contenido del derecho de autor sin ahondar demasiado en sus configuraciones dentro del ámbito doméstico, esto es, apoyándonos más que nada en las convenciones internacionales vigentes sobre el particular.¹²

¹⁰ Véase p. ej. el art. 9.2. del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante “Acuerdo ADPIC” o simplemente “ADPIC”).

¹¹ COLOMBET, *op. cit.*, p. 10.

¹² Las más importantes son: El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias, Artísticas y Científicas (en adelante “Convenio de Berna” o “CB”), el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (en adelante “TODA”) y el Acuerdo ADPIC.

1.1.2. El enfoque anglosajón y el europeo continental.

Los sistemas jurídicos de la órbita anglosajona difieren histórica y filosóficamente de la tradición europea continental en cuanto a su manera de concebir el derecho de autor. En aquéllos la denominación correlativa es *copyright*,¹³ que significa literalmente “derecho de copia” y denota la atribución de derechos patrimoniales exclusivos por parte del Estado, en la forma de un monopolio de explotación a los autores de obras intelectuales, originalmente literarias.¹⁴ La primera manifestación normativa del *copyright* es también reconocida como el fundamento sobre el cual se ha construido la moderna noción de derecho de autor en el mundo occidental:¹⁵ el Estatuto de la Reina Ana, dictado en Inglaterra el año 1709, cuya principal novedad consistió en radicar en los propios autores la facultad de controlar la impresión de sus obras durante un lapso de catorce años contados desde su publicación, renovables por igual período si el respectivo autor se encontraba aún con vida.¹⁶ Sus motivaciones declaradas fueron

¹³ En lo sucesivo emplearemos este vocablo para hacer referencia al régimen de derecho de autor de los países anglófonos. Muy excepcionalmente será usado como sinónimo de “derecho de autor” en su acepción más general. Para esta última expresión regirá justo lo contrario: se empleará de modo general a menos que el contexto aluda exclusivamente a la tradición jurídica continental.

¹⁴ MIROSEVIC, 2007, p. 45.

¹⁵ DAVIES, 1997, p. 8. También COLOMBET, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ DAVIES, *op. cit.*, p. 10. Aquí es necesario un importante matiz: si bien el Estatuto de Ana fue en rigor la primera ley emanada del Parlamento de Inglaterra (ya no de la potestad normativa regia) en regular la impresión comercial de libros, y la primera que no tuvo relación con la censura, existe sin embargo el no menos relevante antecedente de los “privilegios” editoriales (monopolios concebidos a los impresores y libreros, que usualmente eran un mismo sujeto), cuyo otorgamiento por parte de los monarcas europeos era una práctica más o menos común desde el siglo XVI, mediante la cual podían ejercer fácilmente la

tres: ilegalizar el comercio “pirata” de libros previniendo aquellas impresiones no autorizadas por sus respectivos autores, asegurar a éstos y a sus familias una vía para su sustento económico, y dar un estímulo a los hombres cultos para aportar al conocimiento escribiendo libros útiles.¹⁷

Igualmente importante es aquel que se reconoce como el segundo acto legislativo en la historia sobre *copyright* (más aun, la primera de sus normas con rango constitucional): la denominada “cláusula del progreso” de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1787.¹⁸ En ella aparecen con claridad los tintes marcadamente utilitaristas que suelen predicarse del *copyright* estadounidense, puesto que su vinculación con el “progreso de la ciencia y las artes útiles” no sólo es explícita sino que además figura como *conditio sine qua non*.

Con razón se ha dicho que la esencia del *copyright* anglosajón ha sido siempre la de “una *negociación* entre los autores y la sociedad, por la cual esta

censura por intermedio de los editores comerciales que se hallaban así sujetos a su autorización previa para poner obras en circulación. En este mismo sentido, el mencionado Estatuto de 1709 disponía también la caducidad del monopolio de la *Stationers’ Company*—el gremio de los impresores y editores ingleses que contaban con el favor de la Corona hasta aquel entonces— sobre las obras ya impresas con anterioridad, una vez transcurridos veintiún años desde su entrada en vigor, fechada el 10 de abril de 1710. Una historia similar ocurrió en los países continentales, aunque el reconocimiento legal de los derechos de los autores llegó varias décadas —un siglo y medio en el caso alemán— más tarde que en Inglaterra (v. *Ibíd.*, caps. 6 y 7).

¹⁷ *Ibíd.*, p. 2.

¹⁸ Art. I, sec. 8, cláus. 8 C. Pol. de EE.UU.: “*The Congress shall have Power (...) To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*” (“El Congreso tendrá poder (...) para promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por un período limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos”; la traducción es nuestra). [en línea] <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html> [consulta: 09 octubre 2014]

última concede a los primeros un monopolio temporal y limitado para controlar y explotar sus obras, con la esperanza de que así florezca la cultura y el arte”.¹⁹ En efecto, allí resulta casi transparente la subordinación del *copyright* a unos fines de interés público, los cuales, si bien obedecieron inicialmente (previo al Estatuto de Ana) al interés del soberano por controlar los escritos que sus súbditos imprimían y ponían en circulación, con el advenimiento de la Ilustración y los cambios políticos de la época cederían su lugar a la libertad de expresión considerada como valor superior y vehículo idóneo para el progreso de los saberes, desde una perspectiva claramente liberal. Quizá pueda apreciarse en ambas vertientes ideológicas (el absolutismo monárquico y el constitucionalismo liberal) distintos contenidos de la idea de interés público, conformes cada uno al pensamiento político que le sirvió de sustento. Pero aquella dimensión –el interés público– como tal aparece aquí y allá con meridiana claridad.

Dentro de la tradición latina (o del *droit d’auteur*, según la denominación francesa –*urheberrecht* en Alemania–),²⁰ en cambio, el derecho de autor se perfila más bien como “un derecho natural que corresponde a la persona por el solo hecho de ser tal”.²¹ Como apunta CASTRO BONILLA, mientras el *copyright* mantuvo una tendencia a proteger la actividad empresarial de los editores –buscando asegurarles un modo de recuperar los recursos invertidos en la publicación comercial de libros–, el derecho de autor surgido con la revolución francesa

¹⁹ VILLATE, 2001. p. 2 (énfasis del autor).

²⁰ Con vigencia en Europa Central, el Mediterráneo, los países africanos francófonos e Iberoamérica (CASTRO BONILLA, 2006, p. 190).

²¹ MIROSEVIC, *op. cit.*, p. 36.

“centró las prerrogativas autorales en el hecho generador de la obra espiritual”.²² Aunque su exacta naturaleza jurídica nunca ha sido algo unánime, lo cierto es que fue el sistema europeo continental el primero que concibió al derecho del autor sobre su obra como una “propiedad”, que en palabras del jacobino Le Chapelier sería “la más sagrada y la más legítima, la más inatacable y la más personal de todas”; aunque de todos modos sería una propiedad “muy distinta de las demás”, pues con la publicación de la obra el autor “comparte su propiedad” con el público, o más bien, se la “transmite íntegramente”, y por ende su utilización exclusiva en manos del creador debería regir, al igual que en el *common law*, nada más que por un breve tiempo, en todo caso no inferior a la vida completa del autor.²³ Esta fue la idea que inspiró los decretos de la Asamblea Nacional Francesa de 1971 (sobre el derecho de representación o comunicación pública) y 1973 (sobre el derecho de reproducción), en un momento a partir del cual el derecho de autor de la tradición civil comienza a perfilarse con una fisonomía propia y a diferenciarse del contenido más económico o patrimonial del *copyright*, su ascendiente histórico, acentuando así unos rasgos más inclinados hacia lo personal, moral o ideológico. En este particular ve COLOMBET, con cierto dejo humorístico no exento de franqueza, el reflejo de un rasgo idiosincrásico de la nación francesa –“la nación idealista que siempre hemos sido”–.²⁴ Como sea, no debería exagerarse aquella supuesta preponderancia de la personalidad que se dice tan propia de la tradición del derecho civil: por caso, para un importante tratadista argentino los derechos de

²² CASTRO BONILLA, *op. cit.*, p. 191.

²³ BÉCOURT, 1990, p. 6; DAVIES, *op. cit.*, p. 100. Aquella segunda parte de la famosa alocución de Le Chapelier acostumbra ser convenientemente omitida.

²⁴ COLOMBET, *op. cit.*, p. 45.

autor “como prerrogativas esenciales de la personalidad, son impuestos por las exigencias de la civilización y del progreso”,²⁵ y su carácter “consiste, esencialmente, en el monopolio de la explotación de sus creaciones”.²⁶

De cualquier forma, una muestra de lo anterior es la categoría de “derechos morales” –pergeñada por la jurisprudencia francesa desde comienzos del siglo XIX–,²⁷ impropia del *common law*, y afín a aquella idea de que cuando se crea una obra intelectual se desarrolla a la vez una vinculación espiritual e íntima con ella.²⁸ Otro tanto ocurre con el objeto de protección: el concepto de *copyright* puede abarcar productos de diverso tipo, bajo la categoría “*works*”, aunque no representen la expresión de una creación original (como sucede con los fonogramas y las emisiones de radio, por ejemplo) como lo exige perentoriamente el *droit d’auteur*.²⁹ La admisión de personas jurídicas como titulares originarios no es un problema dogmático para el enfoque anglosajón, mientras que sí lo es para la tradición latina que radica el nacimiento de toda prerrogativa autoral sobre el ser humano (persona natural) que crea una obra. La exigencia de registro para

²⁵ SATANOWSKY, *loc. cit.* En el mismo sentido COLOMBET, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ *Ibíd.*, p. 35.

²⁷ RICKETSON y GINSBURG, 2005, p. 587; DAVIES, *op. cit.*, p. 107. Aunque debe tenerse presente que el respeto a la personalidad y prestigio del autor en relación con su obra, registra antecedentes ya en la Antigüedad clásica (COLOMBET, *op. cit.*, p. 2), por lo que, al menos desde un punto de vista histórico, es muchísimo anterior a las nociones del derecho de autor como incentivo a la creación de obras o justa retribución por el trabajo intelectual, ambas subyacentes al concepto de derecho patrimonial.

²⁸ BOYLE, 2008, p. 29.

²⁹ ÁLVAREZ NAVARRETE, *op. cit.*, p. 6.

obtener su protección legal también fue una diferencia en tiempos pretéritos, ya que nuestra tradición legal cautela las obras desde el momento mismo de su creación, siendo irrelevante cualquier clase de formalidades para dicho efecto. Y así sucesivamente.

Pese a todo, las distancias entre ambos enfoques se han ido atenuando a lo largo del tiempo, de la mano de la globalización, los cambios tecnológicos y la creciente importancia económica de las industrias de la cultura. Así, mientras por un lado la tradición del *copyright* “ha sido reemplazada por una regulación similar a la europea continental, propia de un derecho de autor como forma de propiedad”,³⁰ se ha constatado una cierta asimilación de perspectivas propias de dicha tradición en los tratados internacionales, tendiendo así a desdibujarse características distintivas de nuestro sistema de derecho de autor.³¹ Por lo cual podría hoy decirse que las diferencias son más teóricas que prácticas, sin perjuicio de que la evolución normativa haya discurrido selectivamente por los cauces más favorables a la expansión de las restricciones legales asociadas al derecho exclusivo de autor.³²

³⁰ MIROSEVIC, *op. cit.*, p. 52.

³¹ ÁLVAREZ NAVARRETE, *op cit.* p. 40.

³² Puede constatararse, por ejemplo, la universalización de la garantía de protección a las expresiones originales del intelecto desde el momento mismo de su creación, vale decir, sin sujeción a formalidad registral alguna, característica de los sistemas continentales (v. el art. 5.2 CB); a la par de una tendencia a admitir al interior de éstos la titularidad originaria de personas jurídicas, como lo atestigua, por caso, nuestra LPI en su artículo 25 (“El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor”), aunque sin perjuicio de su difícil conciliación con el texto de los arts. 27 (que reafirma la calidad de titulares originarios de los creadores de la obra cinematográfica) y de la redundante disposición del art. 29 (que establece una *cessio legis* del derecho patrimonial a favor del productor de la misma clase de obras). SCHUSTER (2009, pp. 374-380) identifica en total cinco hipótesis en las que existe titularidad originaria de derechos patrimoniales de autor de parte del empleador en virtud de un

1.1.3. Estructura y contenido del derecho de autor.

Las teorías sobre la estructura del derecho de autor se dividen entre monistas y dualistas. Para la teoría monista existe un solo derecho subjetivo de autor, que para algunos tiene el carácter de una propiedad (derecho real) especial y para otros el de un derecho de la personalidad, sin sobrar aquellos que lo postulan como un derecho de naturaleza especial (*sui generis*), con facultades a la vez morales y pecuniarias.³³ Teóricamente, en este esquema no sería posible enajenar el derecho a explotar la obra, sino sólo conceder “licencias de uso” a su respecto.³⁴ Para los dualistas, en cambio, el derecho de autor se descompone en dos derechos subjetivos autónomos pero interrelacionados, el derecho patrimonial y el derecho moral, cuyas diferencias entre sí son marcadas: el primero es inalienable mientras que el segundo es transferible por acto entre vivos, y a la vez que el derecho patrimonial es siempre temporal, el derecho moral puede reconocerse a perpetuidad.³⁵ Con todo, las diferencias en este punto terminan hoy en día siendo sólo matices, puesto que aceptada internacionalmente la posibilidad de disociar las facultades que emanan de la personalidad de aquellas otras de índole

contrato de trabajo que implica la creación de obras, de acuerdo a la ley chilena, en concordancia con el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (v. el art. 17.7.2 (a) ii de dicho tratado).

³³ BERCOVITZ *et al.*, 2003, p.28.

³⁴ ANTEQUERA PARILLI, 2007, p. 16.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 16-17.

pecuniaria, junto con la inalienabilidad de las primeras,³⁶ no se termina de apreciar en qué diferiría, para efectos prácticos, la adopción de una teoría unitaria o una dualista.

El derecho patrimonial –también denominado “derecho de explotación”, “derecho pecuniario”, “derecho de utilización”, etc., según los diversos autores y legislaciones existentes–, corresponde al conjunto de facultades reconocidas al creador de una obra intelectual, que le confieren el control exclusivo sobre la explotación de su creación, con miras a que pueda obtener un provecho económico de ella. CASTRO BONILLA se refiere a él como un derecho de exclusión:³⁷ un poder legalmente reconocido de excluir a otros del aprovechamiento económico de la obra protegida, y esencial por tanto desde un punto de vista mercantil. Tal control se manifiesta en diversos derechos o “modalidades de explotación”, independientes entre sí, que tradicionalmente y en lo fundamental han sido dos: reproducción y representación o comunicación pública,³⁸ aunque el listado ha aumentado a lo largo del tiempo en consonancia con las nuevas formas de explotación que ha hecho posible la tecnología. En la actualidad se reconocen generalmente los siguientes: reproducción, distribución (incluyendo actualmente la “puesta a disposición” a través de Internet), comunicación pública y transformación o adaptación.³⁹ También se cuenta entre ellas el derecho especial

³⁶ V. el art. 6 bis CB.

³⁷ *Op. cit.*, p. 167.

³⁸ SATANOWSKY, *op. cit.*, p. 321; COLOMBET, *op. cit.*, p. 63.

³⁹ ANTEQUERA PARILLI, 2007, pp. 99-121. V. a. SATANOWSKY, *op. cit.*, p. 322 (con una nomenclatura algo diferente). El primer autor referido incluye además el “derecho de remuneración por

de participación o *droit de suite*,⁴⁰ referido solamente a las artes plásticas, y que confiere al autor un título para reclamar un porcentaje del mayor valor obtenido en las ventas sucesivas de su obra. A ellos se puede sumar el derecho de arrendamiento o alquiler comercial para programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas adicionado por el TODA.⁴¹

La doctrina, al menos en el ambiente jurídico de tradición romanista, suele considerar al derecho patrimonial como “de contenido ilimitado”, queriendo esto decir que sus facultades no estarían sujetas a *numerus clausus*, y que por ende la ausencia de alguna prerrogativa de contenido económico en un texto legal no sería óbice para su protección jurídica.⁴² La jurisprudencia regional parece seguir el

copia privada”, novedad de algunas legislaciones como p. ej. la española, y que consiste en una especie de gravamen impuesto sobre los fabricantes de ciertos aparatos tecnológicos que permitan reproducir obras visuales, audiovisuales o multimedia, en favor de los titulares de derechos de autor o derechos conexos sobre aquéllas. No nos parece que se trate en realidad de una modalidad de explotación de obras intelectuales, sino, cuando mucho, de un tipo muy particular de licencia legal obligatoria (así mismo lo considera, de hecho, la OMPI en un reciente estudio: véase OMPI, “International Survey on Private Copying” [en línea] <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/1037/wipo_pub_1037_2013.pdf> [consulta: 15 diciembre 2014]).

⁴⁰ COLOMBET, *loc. cit.*

⁴¹ V. el art. 7 TODA.

⁴² Por ejemplo, según RENGIFO “en la concepción jurídica latina los derechos patrimoniales del autor no están sujetos a *numerus clausus*; serán tantos cuantas formas de utilización de la obra sean posibles a través de los medios conocidos o que en un futuro pudiesen crearse como consecuencia del desarrollo tecnológico” (*op. cit.*, p. 158). En el mismo sentido LIPSZYC, para quien el silencio de la ley sobre algún derecho de carácter patrimonial “no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico” (2005, p. 176). V. t. ANTEQUERA PARILLI, 2007, pp. 96-97. Incluso autoras cuyo enfoque general es mucho menos maximalista comparten semejante parecer. Así opina ÁLVAREZ NAVARRETE, por ejemplo: “El autor tiene el derecho de autorizar o prohibir —salvo las excepciones previstas en la ley— todas las utilizaciones, usos o formas de explotación de su obra y debe ser remunerado por todos estos conceptos” (*op. cit.*, p. 12); también CASTRO BONILLA (*op. cit.*, p. 168).

mismo camino,⁴³ aunque en Chile no existen pronunciamientos relevantes de nuestros tribunales superiores al respecto. En general hay un cierto consenso en caracterizar de ese modo el derecho patrimonial, y ello se ve corroborado por algunas legislaciones que explícitamente advierten el carácter enunciativo de los derechos que enumeran.⁴⁴ Con todo, esto es presentado como una particularidad de nuestros sistemas jurídicos, toda vez que en el *common law* ocurre justo lo contrario: allí el derecho patrimonial sí es *numerus clausus* y el titular sólo goza de aquellas atribuciones definidas estatutariamente.⁴⁵

Efectivamente, RICKETSON y GINSBURG⁴⁶ sostienen que, a grandes rasgos, las leyes nacionales dentro del *civil law* tienden a definir este derecho mediante fórmulas holgadas, tal como lo hace el –ejemplar en este sentido– *Code de la propriété intellectuelle* francés de 1992, refiriéndose en primer lugar a la facultad del autor de explotar su obra “de cualquier forma”, sin perjuicio de que seguidamente contemplen modalidades más específicas de explotación como facultades del derecho patrimonial. En todo caso, la ley chilena ofrece ciertas dudas sobre si realmente sigue dicha tendencia, cuestión sobre la cual volveremos

⁴³ Para ANTEQUERA PARILLI, “dos aspectos sustanciales se manifiestan en la jurisprudencia regional: el carácter exclusivo y su alcance ilimitado, salvo excepción legal expresa.” (ANTEQUERA PARILLI, 2011). De la escasez de ejemplos existentes puede destacarse un fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que hace expresamente suya esta doctrina del contenido ilimitado (TJCA. N° 24-IP-98, p. 13).

⁴⁴ V. ANTEQUERA PARILLI, 1994, p. 233.

⁴⁵ RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, p. 579.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 579-580.

en breve.⁴⁷ Mientras tanto y por el contrario, las legislaciones del *common law* suelen definir con un grado superior (aunque variable) de detalle los derechos otorgados a los autores y derechohabientes. La ley estadounidense, de acuerdo a los autores en comento, adopta una posición intermedia: enlista taxativamente los derechos pero los señala en términos más o menos amplios.⁴⁸

Se comprende la racionalidad que a ello subyace: el *copyright* se justifica – en principio– por los beneficios que conlleva la socialización del conocimiento, mientras que el *droit d’auteur* es menos utilitarista y más deontológico, descansando en el reconocimiento de los legítimos intereses de quienes crean y difunden sus obras. Para uno la exclusividad es una función del progreso y bienestar generales; para el otro, es un asunto de justicia y respeto al autor. Se entiende por tanto que en el segundo caso luzca más afín una formulación en abstracto; sin embargo, teniendo en cuenta que el derecho patrimonial de autor tiene –como se verá–⁴⁹ la aptitud para afectar la vida cotidiana de cualquier persona de maneras muy concretas, una hermenéutica legal como la del “contenido ilimitado” nos parece, por lo pronto, inconveniente. Es más, potestad exclusiva de utilizar la obra por cualquier medio y de cualquier forma, como se pretende que sea el derecho patrimonial de autor, resulta ser una figura que por su misma naturaleza es ciega a posibles conflictos o intersecciones con otros derechos y libertades, así como al modo en que su defensa e implementación podría condicionar la innovación tecnológica.

⁴⁷ V. *infra*, 1.1.4.

⁴⁸ RICKETSON y GINSBURG, *loc. cit.*

⁴⁹ V. *infra*, Cap. 2.

Pese a todo, el *quid* del asunto parece ir más allá de la técnica legal escogida, como bien lo ilustra la evolución normativa del Convenio de Berna, el principal tratado internacional multilateral sobre derecho de autor.⁵⁰ Aun cuando desde su primera versión los países signatarios optaron por una determinación específica de los derechos (patrimoniales) en él reconocidos a los autores, las presiones a lo largo del tiempo acabaron añadiendo al menos un derecho nuevo en cada sucesiva revisión de su texto (en paralelo al auge de nuevas tecnologías que ampliaron la capacidad de difusión y reproducción de obras) –y otros instrumentos multilaterales (como el TODA o el Acuerdo ADPIC) han abundado en la misma dirección–.⁵¹ Por ejemplo, el derecho de reproducción fue incorporado explícitamente al Convenio mediante el Acta de Estocolmo de 1967,⁵² y su redacción desde esa fecha es ya lo bastante amplia como para interpretar sin mayores problemas que los usos digitales se encuentran cubiertos por él.⁵³ Al establecerse que la reproducción es exclusiva del titular “por cualquier

⁵⁰ Todos países del *common law* han ratificado este tratado internacional. El Reino Unido lo hizo en 1887; Irlanda en 1927; Australia, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda en 1928, y Estados Unidos recién en 1989. Cfr. OMPI, “Tratados administrados por la OMPI” [en línea] <http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=15> [consulta: 17 octubre 2014].

⁵¹ RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, p. 581. El Convenio de Berna ha sido revisado en cinco ocasiones, la última de ellas en 1971 mediante el Acta de París. En esta última, sin embargo, sólo se añadió un apéndice con disposiciones especiales para los países en desarrollo. V. GERVAIS, 2008, pp. 7-9.

⁵² Figura en el actual art. 9.1) del Convenio, cuyo texto es como sigue: “Artículo 9. 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”

⁵³ Cfr. en este sentido la Declaración Concertada respecto del artículo 1(4) del TODA.

procedimiento y bajo cualquier forma”, lo que se pretende es, a fin de cuentas, flexibilizar la protección para hacer que se adapte “por defecto” a los cambios tecnológicos. Cosa similar ha ocurrido con otros derechos: tanto los de comunicación pública⁵⁴ como el de adaptación (o transformación)⁵⁵ fueron dejados en los actuales términos amplios entre la Conferencia de Bruselas (1948) y la de Estocolmo.⁵⁶ También es ejemplar el caso de Estados Unidos, posiblemente el país que con mayor claridad reconoce en el derecho de autor (copyright) un mero instrumento legal, y que no obstante ha fortalecido y expandido el alcance de los derechos exclusivos consistentemente a lo largo del siglo XX, eliminando las tradicionales formalidades (p. ej. registro y renovación), ampliando el plazo de protección,⁵⁷ aumentando los derechos y restringiendo las excepciones

⁵⁴ Véanse los arts. 11, 11 bis y 11 ter CB. Por su parte el TODA –que tiene el carácter de “arreglo particular” en el marco del Convenio de Berna (v. art. 1.1 TODA)– consagró sin más un derecho general de comunicación pública, por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de obras protegidas, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (v. art. 8 TODA).

⁵⁵ Véase el art. 12 CB.

⁵⁶ RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, pp. 710-714; 652.

⁵⁷ Previa a 1978, el plazo límite de protección de una obra en los Estados Unidos era cincuenta y seis años desde su publicación (LITMAN, *op. cit.*, p. 78). De acuerdo a LESSIG (2005, p. 34), el plazo promedio hasta antes de la última ley de copyright nunca superó los treinta y dos años. Tras su última modificación en 1998 (conocida como la *Sonny Bono Act* o informalmente “Ley de Mickey Mouse”), se añadieron veinte años más de protección a las obras ya existentes. Actualmente el plazo es de setenta años *post mortem auctoris* en general, y noventa y cinco desde la fecha de publicación de la obra o ciento veinte desde su creación, según lo que ocurra primero, para obras realizadas por encargo o bajo contrato de trabajo (v. 17 U.S.C. § 302 [en línea] <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>> [consulta: 22 mayo 2016]).

prácticamente cada vez que las industrias de medios incumbentes lo han requerido al Congreso de dicha nación.⁵⁸

No es por tanto difícil identificar una tendencia uniforme hacia la expansión del radio de exclusividad, y en todo caso no parece que ella tenga que ver con alguna perspectiva doctrinaria en particular, sino más bien con otra clase de factores en más directa relación con las funciones netamente económicas que hoy cumple el derecho de autor o *copyright* en nuestra sociedad, y con la manera en que las nuevas tecnologías modifican las posibilidades de controlar el acceso y la utilización de contenidos (más adelante volveremos sobre este punto).⁵⁹

Sigamos con la estructura del derecho de autor. El denominado derecho moral, por su parte, comprende aquellas facultades destinadas a “salvaguardar los intereses espirituales puestos en juego por la difusión de la obra”. Por lo general se entiende integrado por cuatro atributos: divulgación, paternidad, integridad y arrepentimiento o retractación.⁶⁰

La diferencia fundamental entre ambos (conjuntos de) derechos subjetivos, es que el derecho moral se concibe como emanación de la personalidad del autor, y por lo tanto como un concepto cercano a lo que son los derechos de la

⁵⁸ Véase LITMAN, 2001, pp. 35-69; LESSIG, 2005, pp. 114-119.

⁵⁹ V. *infra*, 1.2. LITMAN, *op. cit.*, añade otro factor determinante: el principal interesado en no expandir la protección de contenidos, el público, no se sienta en las mesas de negociación donde se fraguan los acuerdos y subsiguientes normas sobre derecho de autor.

⁶⁰ COLOMBET, *op. cit.*, p. 47.

personalidad, participando así de sus cualidades de inalienabilidad y perpetuidad, y admitiéndose tan sólo su transmisión por causa de muerte;⁶¹ mientras que, por el contrario, el derecho patrimonial se halla sujeto a un plazo de duración (es esencialmente temporal), que varía en general entre los cincuenta⁶² y los cien años *post mortem auctoris* en los diferentes países de la OMPI,⁶³ y es perfectamente transferible mediante contratos de cesión o licenciamiento.

Junto al derecho de autor existen además los denominados “derechos conexos” o “afines”,⁶⁴ cuyo objeto de protección consiste en “manifestaciones personales o técnico empresariales que no constituyen una ‘creación’ literaria, artística o científica, pero sí [tienen] vinculación con la difusión de las obras del

⁶¹ Véanse los arts. 15 y 16 LPI.

⁶² El art. 7º CB fija como límite inferior para las legislaciones de los países miembros de la Unión de Berna (integrada por quienes forman parte del Convenio), en general, un plazo de protección que se extiende durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. No obstante ello, los países tienen libertad para conceder plazos de mayor duración (véase el art. 7.6).

⁶³ En línea: http://es.wikisource.org/wiki/Wikisource:Duraci%C3%B3n_de_derechos_de_autor_por_pa%C3%ADs#V.C3.A9ase_tambi.C3.A9n [consulta: 24 agosto 2013]

⁶⁴ Los derechos conexos no serán objeto de análisis en el presente estudio, circunscrito al derecho de autor. Sólo se mencionan aquí a título ilustrativo. Las disposiciones relevantes de la LPI son los artículos 65 a 71. Tales derechos corresponden *grosso modo* a los derechos patrimoniales de autor, pero con un alcance más limitado; así, los artistas intérpretes y ejecutantes junto con los productores de fonogramas carecen del derecho a impedir la transformación de sus respectivas prestaciones, mientras que las emisoras de radiodifusión no gozan, además, de protección en cuanto a la distribución de sus emisiones por cable.

El plazo de protección para los derechos conexos es el siguiente:

Para fonogramas, 70 años contados desde el 31 de diciembre del año de su publicación;

Para interpretaciones o ejecuciones, 70 años desde la fecha de su realización;

Para emisiones de los organismos de radiodifusión, 50 años desde el 31 de diciembre del año de la transmisión. (Véase el art. 70 LPI.)

ingenio”.⁶⁵ Ellas son las prestaciones de artistas intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión.

1.1.4. El derecho de autor en el derecho chileno.

En nuestro derecho nacional no es difícil advertir el influjo de la concepción franco-germánica del derecho de autor. El Código Civil chileno se refiere –desde 1856– a las “producciones del talento o del ingenio” como una especie de propiedad, y encomienda su régimen a una legislación especial.⁶⁶ La Constitución Política de la República, en tanto, incluye al derecho de autor en el catálogo de derechos fundamentales,⁶⁷ y hace aplicable a aquél ciertas garantías del derecho de propiedad:⁶⁸ en específico, la exigencia de norma legal para establecer el “modo de adquirir” y de ejercer sus facultades, así como de limitarlas de acuerdo a la

⁶⁵ ANTEQUERA PARILLI, 2000, p. 19.

⁶⁶ V. art. 584 CC.

⁶⁷ Art. 19 N° 25, inciso primero CPR: “La Constitución asegura a todas las personas: 25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.”

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. (...).”

⁶⁸ Véase el art. 19 N° 25, inciso cuarto CPR. Esta disposición del constituyente resulta bastante problemática, atendida la naturaleza y características propias de los derechos de autor que hacen imposible asimilarlos conceptualmente al dominio sobre bienes materiales. Por ello debería tratarse con cuidado. RUIZ GALLARDO ve aquí una muestra más de la singular obsesión del constituyente chileno con el derecho de propiedad, parecer que compartimos (RUIZ GALLARDO, 2008, p. 39, nota al pie no. 21).

función social de la propiedad, y el requisito de previa indemnización en caso de expropiación por utilidad pública.

Nuestra legislación reconoce el derecho moral y el patrimonial de un modo separado,⁶⁹ regulándose el primero en el Capítulo IV y el segundo en el Capítulo V, ambos del Título I de la Ley de Propiedad Intelectual, que lleva por epígrafe “Derecho de Autor”.

El derecho moral otorga al autor las facultades de (1) reivindicar la paternidad de la obra; (2) oponerse a toda deformación, mutilación o modificación no consentidas; (3) mantener la obra inédita; (4) autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa y (5) mantener la obra anónima o seudónima mientras no se eleve al dominio público.⁷⁰

Por su parte, el derecho patrimonial del autor confiere a éste “las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella, y de autorizar su utilización por terceros”.⁷¹ ¿Qué tipo de cláusula es esta, abierta o cerrada? A juicio nuestro, la LPI no establece un derecho patrimonial de contenido ilimitado. Las evidencias juegan en contra del *numerus apertus*: en primer lugar, la enumeración del artículo 18 LPI da claras señas de taxatividad cuando en su encabezado atribuye al titular “el derecho de utilizar la obra en *alguna de las siguientes formas*” (lo destacado es nuestro). Ello lo

⁶⁹ Art. 1º inciso segundo LPI.

⁷⁰ Art. 14 LPI.

⁷¹ Art. 17 LPI.

corroborar el artículo 20, que al definir la “autorización” habla de un permiso otorgado por el titular del derecho de autor “para utilizar la obra *en alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece*” (cursivas añadidas), que son los del referido artículo 18. Reafirmando aquello, el artículo 79 letra a) LPI dispone que comete falta o delito contra la propiedad intelectual el que, “sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas y por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18”.⁷² Todos estos enunciados son claros en el sentido de no permitir la indeterminación sobre los modos de utilización que están sujetos a autorización del titular. Por otra parte, deben considerarse los artículos 29 inciso segundo, 37 bis inciso primero y 68 LPI, que contemplan de manera expresa el derecho de arrendamiento respecto de productores de obras cinematográficas, autores de programas de software y productores de fonogramas respectivamente, circunstancia que se explica porque en ninguna de las letras del artículo 18 queda incluido el arrendamiento como utilización privativa del titular del derecho patrimonial, razón por la cual, de no haberse contemplado expresamente, aquel derecho no habría existido. Así pues, todo parece indicar que la ley chilena toma en esta materia un enfoque distinto del que es usual en nuestra tradición jurídica, optando por un derecho patrimonial *numerus clausus*, y esta interpretación nos parece del todo razonable teniendo en cuenta que, frente a los fuertes argumentos de texto que acabamos de mostrar, la única defensa plausible de la posición contraria podría ser la apelación a nuestra tradición jurídica como argumento doctrinal, el que sin embargo resulta demasiado vago y por ende poco convincente.

⁷² Cabría preguntar, a propósito de los delitos contra la propiedad intelectual, si acaso un derecho patrimonial de contenido realmente ilimitado no requeriría, para su efectivo resguardo penal, el establecimiento de leyes penales abiertas, las cuales están proscritas por la Constitución (v. art. 19 N° 3 inciso final CPR).

Tras definir el derecho patrimonial, la LPI pasa a enumerar las siguientes modalidades de explotación:⁷³ (a) publicar la obra mediante cualquier medio apto para comunicarla al público;⁷⁴ (b) reproducirla por cualquier procedimiento; (c) adaptarla a otro género; (d) ejecutarla o emitirla públicamente por cualquier medio; y (e) distribuirla al público mediante la transferencia de la propiedad del original o de ejemplares suyos, que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con la ley. La última facultad se encuentra limitada, como se ve, por la institución del “agotamiento del derecho”, en cuya virtud el titular pierde el derecho a autorizar o prohibir el tráfico de ejemplares que ya han sido comercializados, lo que constituye uno de los principales límites legales al derecho de autor en beneficio del público. También se encuentra consagrado expresamente el *droit de suite*.⁷⁵

Todas estas formas de utilización reciben una importante cualificación en el artículo 19 LPI, según el cual “Nadie podrá utilizar *públicamente* una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor” (inciso primero; lo destacado es nuestro). ¿Por qué razón se incluye el adverbio “públicamente”? Hay aquí una fuerte razón para concluir que las

⁷³ V. art. 18 LPI.

⁷⁴ Este derecho, a nuestro juicio, tiende a parecerse al consagrado en la letra d) del mismo precepto, con la diferencia de que esta última da la impresión de referirse a actos subsecuentes de comunicación al público, mientras que la letra a) denota el acto primitivo de hacer conocida la obra, es decir su “publicación”. No obstante, de entenderse así el hecho de la publicación parece más vinculado al derecho moral de divulgación, reconocido en el texto legal mediante su contraparte, el derecho a mantener la obra inédita (art. 14 N° 3) LPI.

⁷⁵ Véase el art. 36 LPI.

utilizaciones privadas se encuentran en general fuera del radio de la protección,⁷⁶ y para reafirmar aún más el contenido no ilimitado del derecho patrimonial, en la línea de lo argumentado previamente.

1.2. El derecho de autor en la sociedad de la información.⁷⁷

Es ya un lugar común que la expansión global de la tecnología digital ha provocado grandes cambios y planteado nuevos desafíos al funcionamiento de las leyes de derecho de autor, de tal modo que el esquema de protección tradicional mediante prerrogativas de exclusividad es puesto a prueba en su efectividad y en la pertinencia de las políticas legislativas que lo inspiran. Nuestra época se halla en buena medida caracterizada por la interconexión mundial que posibilitan las redes informáticas, y por ello es necesario comprender cuál ha sido el efecto de la variable tecnológica en el derecho de autor, especialmente en lo que atañe a sus límites normativos. Pero también es necesario notar que el origen de las tensiones suscitadas no se agota en la tecnología, sino que responde en gran medida al fenómeno que ha impulsado el mayor interés global en la protección de la propiedad intelectual: su redefinición como un aspecto importante del comercio internacional. Revisaremos ambos factores a continuación, brevemente y desde una perspectiva general, finalizando con una consideración de los discursos críticos en torno a las consecuencias del derecho de autor en su configuración actual.

⁷⁶ En este sentido ÁLVAREZ VALENZUELA, 2011, p. 5.

⁷⁷ “Se trata de un nuevo orden social derivado de la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, así como de la expansión de Internet producida en el último decenio del siglo XX. Durante ese período se evidencia la aceleración de un proceso de globalización con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones” (CASTRO BONILLA, *op. cit.*, p. 8).

1.2.1. Las nuevas tecnologías y el impacto digital.

La verdad es que el derecho de autor se ha desarrollado históricamente en respuesta a los retos planteados por cada cambio en el escenario tecnológico. Antes de la aparición de la imprenta de tipos móviles en Occidente (1440) no había ningún atisbo de legislación propiamente autoral. Fue la posibilidad de imprimir ejemplares de obras literarias en cantidad suficiente para llegar a un público numeroso y difuso, lo que primero llevó a plantear la necesidad de regular (solamente) este tipo de creaciones.⁷⁸ Es esencialmente correcto decir que el derecho de autor nació de la mano de la primera tecnología de reproducción masiva de obras.⁷⁹

Posteriormente la invención del fonógrafo, el cinematógrafo, la radiodifusión, la tecnología reprográfica, la transmisión satelital, el cable y la fibra óptica modificaron, a su turno, las maneras en que las obras podían fijarse, comunicarse y experimentarse. Esto, en conjunto con el auge y desarrollo, a contar del primer tercio del siglo XX, de fuertes e influyentes actores industriales en el rubro de la cultura y el entretenimiento, fue moldeando el derecho de autor –en especial su vertiente patrimonial– en función de mantener a salvo, dentro de lo posible, las prerrogativas de exclusividad de los titulares, llegando a reconocerse nuevos sujetos de derechos (como los artistas intérpretes y ejecutantes,

⁷⁸ MIROSEVIC, *op. cit.* pp. 38-41. Es cierto que en estos inicios no había propiamente derecho de autor, pero a partir de este momento comenzó a tomar forma lo que después se reconocería como derecho de reproducción.

⁷⁹ RUIZ GALLARDO, *op. cit.*, p. 34.

productores de fonogramas y organismos de radiodifusión)⁸⁰, creándose nuevos derechos exclusivos y/o ampliándose el radio de los ya existentes.⁸¹

Pero aquel que probablemente sea el cambio más rotundo es, sin duda, el salto de las grabaciones analógicas al soporte digital. El proceso de digitalización ha sido señalado como un rasgo característico de nuestra sociedad de la información. La digitalización consiste, fundamentalmente, en la representación codificada de una señal mediante dígitos (bits), típicamente representados como ceros (0) y unos (1).⁸² La información así codificada puede ser leída y ejecutada por una computadora mediante un programa o *software*. Las tecnologías que hacen posible la expresión de todo tipo de datos en forma binaria reciben la denominación de “tecnologías de la información y de la comunicación” (en adelante, TICs), y conforman el ambiente en que se desenvuelven hoy un sinnúmero de actividades económicas, sociales, educativas y comunicacionales. La digitalización ha hecho posible que hoy virtualmente todos nuestros aparatos tecnológicos compartan un mismo código, un mismo lenguaje para representar todo tipo de información, definiendo un proceso conocido como “convergencia tecnológica”.⁸³

⁸⁰ Reconocidos por primera vez en la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 26 de octubre de 1961.

⁸¹ “Así, el que en un principio fue concebido sólo como derechos de reproducción y comunicación pública, ha pasado a estar concebido como un conjunto de varios nuevos derechos, como los de adaptación, distribución, modificación, entre otros” (RUIZ GALLARDO, *op. cit.*, p. 32).

⁸² MACAU, 2005. p. 1.

⁸³ *Ibíd.*, p. 13.

Quizá el fenómeno más destacado que ha hecho posible esta tecnología sea Internet, la “Red de Redes”. Internet es esencialmente “un conjunto de muchas redes interconectadas entre sí, de manera que forman globalmente una gran red mundial accesible desde cualquier terminal informático [ordenador] conectado”.⁸⁴ Durante la década de 1990 tuvo lugar la explosión de la *World Wide Web* (“la Web”), un conjunto de protocolos de comunicación que hacen posible la interrelación de datos de información de diversa naturaleza, mediante un formato global denominado hipertexto.⁸⁵ La Web es hoy uno de los servicios más extendidos de Internet, que de haber comenzado como una red para buscar y compartir información, con el tiempo ha devenido “un centro para comprar bienes y ofrecer servicios, leer e-books, ver películas y escuchar música junto a cientos de otras actividades, provocando un gran impacto en los derechos de propiedad intelectual”.⁸⁶ Y de hecho, ha permitido la conformación de un verdadero “ciberespacio”, una realidad virtual en la que se desarrollan y desenvuelven sujetos y comunidades de forma casi paralela a la vida real, aunque en estrecha relación con ésta.⁸⁷

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 9.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 10.

⁸⁶ MAGLIONA, 2008, p. 3.

⁸⁷ LESSIG, 2009, pp. 43-44; 147-148.

Alguien ha llegado a definir Internet como “una gigantesca máquina de copiado”.⁸⁸ Tal y como apunta LESSIG, la principal dificultad que suscitó Internet de cara al derecho de autor es que en ella “cada uso de una obra con copyright crea una copia”.⁸⁹ Ello remite al problema de las copias efímeras, cuya realización en redes computacionales es automática, provisional y temporal en cuanto forma parte de un proceso meramente técnico y debido a la arquitectura misma del entorno de red, que las requiere por razones de agilidad en el tráfico de información o para prevenir la pérdida de archivos. Así ocurre con las copias originadas en el almacenamiento *caché* (tanto el que realizan todas las computadoras personales como el que se origina en la red mediante un servidor *proxy*), y también con las que se localizan en la memoria de trabajo de un ordenador (memoria RAM).⁹⁰ Pero más allá de ello, el verdadero riesgo para los intereses de titulares de derechos de autor vendría dado por las copias no efímeras, es decir aquellas que se almacenan en la memoria de un ordenador de manera permanente, y puede presumirse que voluntariamente. Es allí donde radica el verdadero potencial de esta nueva tecnología.

CORREA CARDOZO resume de buena manera los primeros diagnósticos “oficiales” sobre los efectos de esta mutación tecnológica en ciertas materias regidas por el derecho de autor, recogidos desde una serie de instancias de

⁸⁸ La frase pertenece a Andrew SHAPIRO. Cit. en VILLATE, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁹ LESSIG, 2005, p. 122.

⁹⁰ CASTRO BONILLA, 2006, pp. 172-174.

discusión en el marco de la OMPI durante la primera mitad de la década de 1990.⁹¹ Como consecuencias a destacar figuran: la ampliación de las posibilidades de disfrute personal de las obras, esto es, que el usuario puede elegir la forma y el momento en que va a hacer uso de ellas; la capacidad de homogeneizar distintas clases de información (video, imagen, texto, sonido) en un mismo medio; la técnica de compresión de datos mejora la capacidad de almacenamiento de información; las obras digitalizadas pueden ser manipuladas por los usuarios (usando una computadora); la tecnología digital permite obtener copias y distribuirlos al público con extrema facilidad, velocidad y calidad, sin distinción entre contenidos sujetos o no a derechos de autor, o si existe autorización para distribuirlos o reproducirlos; la difusión de bienes inmateriales adopta un carácter global.

La nota dominante es la desmaterialización que sufren las obras debido a la digitalización, y el cambio que esto opera en la protección de los derechos de autor. La gran diferencia entre un escenario “tradicional” –aquél en que predominaba el soporte analógico– y uno como el actual, que testifica la expansión y la consolidación del “soporte lógico” (expresión de datos en codificación binaria –unos y ceros–), radica en la manera en que nos relacionamos con el contenido de una obra cualquiera. En el mundo pre-digital sólo era posible “acceder a una novela por medio de un libro, a una obra audiovisual por la compra de un boleto

⁹¹ CORREA CARDOZO, 2007, pp. 112-119. El autor extrae las conclusiones de los siguientes simposios: Forum regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe, celebrado en Montevideo, en diciembre de 1989; Simposio mundial de la OMPI sobre el impacto de la tecnología digital frente al derecho de autor y los derechos conexos, celebrado en la Universidad de Harvard, en marzo de 1993; Simposio mundial de la OMPI sobre el futuro del derecho de autor y los derechos conexos, celebrado en París, en junio de 1994; Simposio mundial de la OMPI sobre los derechos de autor en la estructura global de la información, celebrado en México, en mayo de 1995.

de cine o el alquiler del videocasete, a la música a través del disco compacto”; esta barrera que media el acceso del usuario a la expresión en sí misma, en general, no es sino el soporte en el que la obra se encuentra fijada, soporte que en su variante analógica ofrecía cierta resistencia material a su manipulación. Ahora, en el ambiente digital, ocurre algo distinto:

Al utilizar datos inmateriales en vez de soportes físicos, la relación usuario-obra involucra, necesariamente, la aprehensión del primero a la segunda. (...) En el entorno digital se elimina la barrera y se accede a la obra en su conjunto, la técnica de reproducción se facilita en grado sumo, los medios tecnológicos para dicha copia se popularizan, los contenidos se difunden con una rapidez nunca antes vista; en fin, la obra queda al alcance de muchos sujetos (...).⁹²

SANCHIS MARTÍNEZ añade a la desmaterialización, como puntos de contacto de esta transformación tecnológica con el derecho de autor, las cualidades de deslocalización y desterritorialización de las obras, que desafían tanto la delimitación espacial de los mercados como la vigencia de los ordenamientos jurídicos estatales, producto de la irrupción del factor Internet como un poderoso medio de comunicación y/o distribución de contenidos en formato digital.⁹³

En cuanto al contenido del derecho de autor, se manifestó una preocupación por el respeto de los derechos morales, en especial el de integridad, dado que un usuario de tecnologías digitales puede encontrarse facultado para introducir

⁹² CORREA CARDOZO, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁹³ SANCHIS MARTÍNEZ, 2004, p. 150.

cambios en la obra o mezclar diversas expresiones formando un contenido multimedia. Con respecto a los derechos patrimoniales se planteó la interrogante de qué clase de acto constituye la digitalización de una obra y su difusión en redes de telecomunicación. A lo primero se contestó que se trata de una reproducción, en tanto no es más que su fijación en un soporte de tipo digital; para lo segundo se propuso caracterizar la difusión de una obra en red como un acto de comunicación pública especial: la puesta a disposición en línea, con la característica adicional de que en ella los usuarios pueden decidir en qué momento y desde qué lugar acceder a la obra.⁹⁴

Con todo, no puede desconocerse que las principales repercusiones tuvieron, y hasta hoy tienen que ver con el aspecto económico:

Lo que preocupa al mercado de los bienes culturales es, por tanto, la facilidad de copia y acceso a las obras. Pese a que la digitalización conlleva beneficios de los que también se sirven los titulares de la propiedad patrimonial de las creaciones intelectuales (como la reducción de costes de copia y distribución, y la posibilidad de extender ampliamente su difusión y distribución con inversiones mínimas), la inquietud se centra en el uso gratuito y no autorizado de tal material, por parte de terceros.⁹⁵

⁹⁴ CORREA CARDOZO, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁵ CASTRO BONILLA, *op. cit.*, p. 21.

Los debates aludidos dieron forma a lo que se llamó la “agenda digital” a nivel internacional,⁹⁶ y cuya secuela normativa fueron los “tratados Internet” de la OMPI: el TODA y el TOIEF.⁹⁷ En particular, el TODA vino a reafirmar la vigencia del Convenio de Berna haciendo obligatorias sus normas de protección para todos los Estados contratantes. Consagró nuevos derechos exclusivos como los de distribución,⁹⁸ alquiler,⁹⁹ comunicación pública y puesta a disposición,¹⁰⁰ hizo extensiva la protección de las obras a los programas de ordenador¹⁰¹ y las bases de datos,¹⁰² amplió el alcance del derecho de reproducción para incluir en él los actos de almacenamiento digital de una obra protegida¹⁰³ y estableció obligaciones especiales para los Estados sobre la tutela de medidas tecnológicas

⁹⁶ Aparte de los tratados de la OMPI mencionados a continuación, la agenda digital dio a luz otros dos instrumentos normativos de suma importancia para el derecho de autor contemporáneo, de alcance nacional y regional respectivamente: la *Digital Millenium Copyright Act* de 1999 (en adelante “DMCA”) en los Estados Unidos, y la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información, o EUCD por sus siglas en inglés (*European Union Copyright Directive*) (en adelante, “EUCD”), de 2001, en el Viejo Continente.

⁹⁷ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996.

⁹⁸ Véase el art. 6 TODA.

⁹⁹ Véase el art. 7 TODA.

¹⁰⁰ Véase el art. 8 TODA.

¹⁰¹ Véase el art. 4 TODA.

¹⁰² Véase el art 5 TODA.

¹⁰³ Véase la “Declaración concertada respecto del artículo 1(4)”.

de protección¹⁰⁴ y resguardo de la información sobre la gestión de derechos.¹⁰⁵ En síntesis, el TODA consistió en un robustecimiento de las normas internacionales sobre protección a los derechos exclusivos de autor, que no requirió modificar nada esencial sino solamente reafirmar y maximizar las normas que ya existían, para así obtener “una herramienta coherente de protección”.¹⁰⁶

La digitalización, a la larga, ha significado la aparición de nuevas realidades para el derecho de autor: nuevos géneros creativos (programas de software,¹⁰⁷ producciones multimedia, páginas web), nuevas formas de explotación de las obras (como los sistemas de “*pay per view*” a través de Internet, tutelados por el derecho de puesta a disposición en línea), nuevos modelos de negocios basados en el licenciamiento y la gestión digital de derechos (“DRM” por sus siglas en inglés: “*digital rights management*”), y la posibilidad, funcional a lo anterior, de incorporar verdaderos “dispositivos de autotutela” tecnológica en las obras, destinados a restringir el acceso no autorizado o limitar los usos de una obra a los que expresamente permita el titular de los derechos: las medidas tecnológicas de protección.¹⁰⁸ Esto último reviste particular importancia por las controversias que

¹⁰⁴ Véase el art. 11 TODA; v. a. *infra*, nota no. 109.

¹⁰⁵ Véase el art. 12 TODA.

¹⁰⁶ CORREA CARDOZO, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁷ Incorporados a la protección internacional por derecho de autor, por primera vez, en el Acuerdo ADPIC (art. 10.1), al igual que las bases de datos que por la selección o disposición de su contenido posean originalidad (art. 10.2).

¹⁰⁸ ANTEQUERA PARILLI, 2007. pp. 313-317.

ha suscitado en la doctrina, dado que es una práctica bastante extendida en la actualidad.¹⁰⁹

1.2.2. El derecho de autor en el mercado global.

Como puntualiza CASTRO BONILLA, la sociedad de la información se caracteriza porque en ella las formas de producción revelan un denominador común: el manejo de la información y la convergencia de las tecnologías.¹¹⁰ Ello configura un escenario económico en donde precisamente la información es “el bien más cotizado”, y esta cualidad se comunica, naturalmente, a la propiedad intelectual.

Nadie puede desconocer la importancia que tienen hoy las llamadas industrias culturales en términos de producción de bienes y servicios. En ellas el derecho de autor suele ser un insumo esencial, ya que contar con la autorización del titular de los derechos, o mejor aún, con la cesión de éstos por parte de aquél, tratándose de la explotación de obras o prestaciones protegidas, es casi siempre un

¹⁰⁹ Las medidas tecnológicas de protección, suerte de “candados tecnológicos” diseñados para prevenir o controlar el acceso o la copia de obras protegidas por derechos de autor, cuentan con respaldo normativo: los Tratados Internet de la OMPI obligan a los Estados a castigar a quienes vulneren estos mecanismos tecnológicos (mediante la decodificación de artefactos reproductores o la modificación de programas de software, por ejemplo). Esto ha generado múltiples críticas por sus efectos negativos sobre las limitaciones de “uso justo”, sobre la libertad de expresión, la innovación tecnológica, el desarrollo abierto de software y la innovación de usuario, además de cuestionamientos en torno a su escasa efectividad para proteger de hecho la reproducción no autorizada de obras en el ambiente digital (v. SELTZER, 2012, pp. 49-55; 69-90). También se ha destacado su carácter anticompetitivo (BOYLE, *op. cit.*, pp. 110-117) y sus conflictos con el derecho a la privacidad de los usuarios (COHEN, 2003; v. *infra*, 2.5.2).

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 11.

requisito previo para la comercialización de productos basados en ellas. Además, por tener la característica de un monopolio, el derecho de autor es una herramienta legal que puede asegurar una mayor valorización mercantil del producto, lo cual sin embargo puede ser inconveniente desde el punto de vista de la eficiencia social.¹¹¹ El caso es que la relevancia actual de la economía de medios tiene su manifestación concreta en el peso de las industrias basadas en el derecho de autor: según datos recientes de la OMPI,¹¹² por ejemplo, Estados Unidos contabiliza más del 11% de su producto interno bruto (PIB) como fruto de esta rama de la producción, mientras que en China la misma proporción casi alcanza el 6,4%, en Finlandia equivale al 4,8% y en Australia es de 6,6%. Tanto en Argentina como en México, por su parte, la participación en el PIB asciende al 4,7%. De cuarenta y dos países estudiados, situados en los cinco continentes y en diversas fases de desarrollo económico, se concluyó que las industrias del derecho de autor aportan en promedio el 5,2% del PIB y un 5,3% del empleo nacional. En general, las industrias principales del derecho de autor (impresas y editoriales, software, bases de datos, radio y televisión, música y teatro, publicidad, cine y video) contribuyen con más de la mitad de dicha fracción al PIB, y producen cerca del doble en los países desarrollados que en sus pares en vías de desarrollo.

Lo anterior hace que las políticas en materia de propiedad intelectual, y sobre el derecho de autor en particular, ganen preponderancia en el ámbito del comercio internacional y pasen a conformar un tópico infaltable en los acuerdos

¹¹¹ Debido al fenómeno microeconómico conocido como “pérdida de peso muerto” (*deadweight loss* en inglés), propio de una situación de monopolio en donde el oferente hace uso de su poder de mercado para fijar el precio por sobre el punto óptimo de “equilibrio” (LIEBOWITZ, 2002, p. 191).

¹¹² Véase OMPI, 2014.

de cooperación económica entre países. Quien ha llevado el liderazgo en estos asuntos es el gobierno de Estados Unidos, país que desde principios de la década de 1990 ha venido impulsando activamente negociaciones en diversos foros internacionales, multilaterales y bilaterales, en busca de asegurar estándares de protección, observancia y trato igualitario favorables a la actividad de aquellos sectores de su industria. El más importante fruto de ello es el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC),¹¹³ suscrito en 1994, y que tal como señala ÁLVAREZ NAVARRETE, por vez primera “otorga a la propiedad intelectual y al cumplimiento de los compromisos relacionados con esta materia igual carácter o estatuto que otros acuerdos relacionados con el intercambio de mercancías”.¹¹⁴ Se trata de un acuerdo multilateral que, al formar parte del sistema de la OMC, trae como una de sus características más importantes la posibilidad de que un Estado miembro llegue a ser sancionado comercialmente por no otorgar suficiente protección a la propiedad intelectual.¹¹⁵ En lo sustantivo, las partes quedan obligadas a observar lo dispuesto en el Convenio de Berna sobre los derechos de contenido patrimonial.

El Acuerdo ADPIC puede verse como un hito en la historia del derecho de autor, que desde entonces entró de lleno en la lógica de la globalización. Hay que destacar que a la fecha de adoptarse dicho acuerdo “las legislaciones de los países en vías de desarrollo eran nulas o incipientes en la materia”, puesto que los altos estándares de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual,

¹¹³ CASTRO BONILLA, p. 46.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 15.

¹¹⁵ MAGLIONA, 2008, p. 4.

se comprenderá, no estaban entre sus prioridades legislativas. De cualquier manera, estamos hablando de un tratado que fue pensado para un ambiente en el que todavía predominaba la tecnología analógica.

La aparición de Internet, como ya vimos, significó un cambio enorme en términos de comunicación a nivel mundial. Este cambio ha sido, sin duda, positivo: la comunicación a distancia se ha abaratado y se ha vuelto muchísimo más expedita que antes, transformándose en una experiencia a la vez mucho más rica en posibilidades y, por ende, en oportunidades de negocios. La conectividad se ha multiplicado gracias a los teléfonos inteligentes, al punto que hoy –al decir de la OCDE– personas sin acceso a agua potable ni suministro eléctrico bien pueden contar con acceso a Internet a través de su teléfono celular.¹¹⁶ Ello ha permitido que la economía de medios digitales gane cada vez más protagonismo, lo que se refleja especialmente en la pujanza que muestra el sector de contenidos digitales: la publicidad constituye el mayor mercado de Internet en términos absolutos, seguida por los videojuegos, la música online y la industria del cine y video.¹¹⁷

Así es como a la postre el Acuerdo ADIPC resultó insuficiente para los intereses de Estados Unidos, por lo que el país del Norte tomó como estrategia negociar secuencialmente la adopción de estándares mínimos aún más elevados, lo que ha llevado a cabo principalmente mediante diversos Tratados bilaterales de Libre Comercio (TLC) –de los cuales el suscrito con Chile en 2003 fue pionero–

¹¹⁶ OCDE, 2012, p. 13.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 15.

y, sobre todo en el último tiempo, mediante tratados multilaterales sobre la misma materia, cuyo mejor ejemplo es el Acuerdo TPP (*Trans-Pacific Partnership Agreement*) suscrito por Chile hacia finales del año 2015 (actualmente en proceso de ratificación).¹¹⁸

El derecho de autor ha cobrado una importancia y un rol económico que antes no tenía, o los tenía en una menor medida. Hay un rasgo que, de manera singular, constituye una verdadera novedad del derecho de autor en la sociedad de la información: su relación con los usuarios o consumidores finales de obras. Lo que por mucho tiempo fue una disciplina jurídica manejada por unos cuantos especialistas y destinada al arreglo de intereses entre ciertos actores de la industria de medios, ha devenido –Internet mediante– una herramienta que los proveedores y gestores de contenidos, en su vastísima mayoría empresas dedicadas a la comercialización de bienes culturales o de entretenimiento, emplean para precaverse de sus propios consumidores.¹¹⁹ Éstos, a su vez, se ven enfrentados a las leyes de derecho de autor ya no tanto como un “público”, sino cada vez más como potenciales “piratas” individuales, en una posición ejemplarmente contradictoria: como la fuente de rentabilidad de los actuales modelos de distribución de contenidos digitales, a la vez que como una permanente amenaza en contra de aquélla.

¹¹⁸ Sobre el TLC Chile-EE.UU. y sus efectos sobre el acceso a la cultura, v. JARAMILLO, 2008. Valga notar que el Estado chileno, aún a la fecha del presente trabajo, no ha dado cumplimiento a las obligaciones que contrajo en dicho tratado en orden a reprimir y prevenir mediante sanciones civiles y penales la elusión de medidas tecnológicas de protección, habiendo vencido hace ya siete años el plazo para hacerlo. Sobre los cambios introducidos por el Acuerdo TPP en este y otros puntos controversiales relacionados con los derechos de autor v. ÁLVAREZ VALENZUELA, 2016.

¹¹⁹ LITMAN, *op. cit.*, p. 28.

Este cambio de actitud se motiva en gran parte por la confusión de los límites entre las utilidades privadas y aquellas que tienen carácter público en el entorno digital, lo que desde el punto de vista de quienes buscan lucrar a través del derecho de autor vuelve relevante de todo uso digital (incluso aquellos no comerciales) para sus intereses pecuniarios. Algunos autores estiman que lo anterior debería impulsar la protección del derecho de autor hasta abarcar incluso la intimidad del hogar, espacio tradicionalmente vedado a esta clase de leyes, perdiendo por ello legitimidad las justificaciones basadas en el carácter privado de las utilidades.¹²⁰ Otros han sostenido que, para que los derechos de autor sigan siendo “exclusivos”, deberían ser aptos para controlar efectivamente el modo en que los usuarios accederán a las obras de aquí en adelante, lo que implica postular la vigencia de un verdadero “derecho de acceso” aun a sabiendas de que ello trasciende la idea básica de un “derecho de copia” (*copyright*). Tal sería la opción que mejor se adecuaría a un futuro en el que las copias físicas dejarían de ser relevantes, ya que a causa de la convergencia digital los usuarios se acostumbrarían cada vez más a experimentar directamente los contenidos a través de sus dispositivos tecnológicos.¹²¹

1.3. Conclusiones.

Habiéndose descrito y comentado, aunque sólo en lo fundamental, la normativa vigente sobre derecho de autor, junto con dar cuenta de los cambios

¹²⁰ GOLDSTEIN, 1999, pp. 67-68.

¹²¹ V. en general GINSBURG, 2003.

sociales, económicos y tecnológicos que dieron lugar al actual estado de cosas, se logra dimensionar suficientemente el nivel de proteccionismo legal del que gozan quienes explotan el negocio de la cultura a través de las fronteras, así como la importancia socioeconómica de dicha protección legal en el mundo actual. A continuación pasaremos revista a las tensiones que este complejo socio-jurídico provoca en los ámbitos donde tiene aplicación, vale decir, los problemas de diversa índole que suscita la expansión experimentada por el derecho de autor.

2. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

Si hay un diagnóstico que todos los entendidos sin excepción compartirán, es que la propiedad intelectual ha experimentado una enorme ampliación y robustecimiento en todo el mundo, y en especial luego de las dos últimas décadas,¹²² cuestión que obedece principalmente a los dos factores o tendencias identificados en el capítulo anterior. El derecho de autor no escapa en absoluto a ello. Los plazos de protección pueden sobrepasar con facilidad el espacio de un siglo (recuérdese cuál era su duración en la primera ley histórica de derecho de autor: catorce años con un tope voluntario de veintiocho). Las formalidades previas a la protección se han abandonado del todo a nivel internacional. Hay nuevos derechos exclusivos y nuevos objetos de protección. El alcance efectivo del derecho patrimonial resulta altamente indeterminado, fenómeno exacerbado por la tecnología digital. Las sanciones para utilizaciones sin permiso han llegado a ser draconianas. Existe la amenaza de represalias económicas, o incluso el riesgo de pérdida de inversiones privadas para los países que se aparten de los estándares mínimos internacionales de protección. Ante la reducción del dominio público y las ampliaciones del derecho a controlar, cada vez es más difícil encontrar

¹²² “En el pasado hemos presenciado diversas manifestaciones en tal sentido: la expansión del derecho de autor hacia nuevas obras no cubiertas; la implementación de patentes de software; la admisión de patentes relativas a animales, diversas formas de vida y genes humanos; el patentamiento de métodos de negocios y comercialización; la ampliación de los plazos de protección del derecho de autor. El caso chileno en este último punto es ilustrativo: al aprobarse en 1971, la ley del ramo (nº 17.336), el plazo de protección autoral era de 30 años, luego fue aumentado a 50, y actualmente es de 70 años. De esta forma, la expansión de la propiedad intelectual, a la mano (sic) del derecho de autor y de patentes, ha significado una reducción continua del campo del dominio público durante las últimas décadas” (SCHMITZ VACCARO, 2009, pp. 363-364).

utilizaciones de obras que con toda seguridad no serían infractoras. El control digital de obras respaldado por ley –allí en donde efectivamente lo está–¹²³ otorga al titular la posibilidad de impedir de facto toda clase de usos no deseados por él, permitiéndole ir incluso más lejos de lo que su solo derecho exclusivo (sin tecnología DRM) abarca.¹²⁴ La expansión del derecho de autor es una realidad que no se puede negar ni controvertir

En el último tiempo, y sobre todo a partir de lo que algunos llamaron las “guerras del copyright”,¹²⁵ se ha generado una cantidad considerable de literatura resaltando los aspectos negativos del “maximalismo” en el derecho de autor. Aquí intentaremos tan sólo señalar *grosso modo* las vertientes de la crítica académica, para así dar cuenta de los principales focos de debate en el presente y abrir paso – en el capítulo siguiente– a la discusión que a raíz de todo ello ha ido ganando terreno: aquella sobre los fundamentos, fines y funciones netamente públicas de la propiedad intelectual y del derecho de autor.

¹²³ En la ley chilena no existen disposiciones antielusión de medidas tecnológicas de protección análogas a las de la DMCA estadounidense, sin perjuicio de que nuestro país ha suscrito y ratificado el TODA, existiendo por lo tanto una obligación internacional, en el marco de la OMPI, de proporcionar algún tipo de protección legal a las medidas tecnológicas; y sumando a ello, además, las obligaciones emanadas del TLC con EE.UU. y del recientemente suscrito Acuerdo TPP.

¹²⁴ SELTZER, *op. cit.*, pp. 32 y ss

¹²⁵ Con este nombre se ha bautizado a las campañas de las grandes asociaciones de empresas titulares de derechos de autor en rubros de la cultura y (o más bien) el entretenimiento, con sede en los Estados Unidos de Norteamérica, ya sea a nivel legislativo, judicial o de relaciones públicas, iniciadas gracias a la controversial dictación de la DMCA en el año 1998, y cuyo “puntapié inicial” fue el juicio entablado contra la empresa de distribución de música mediante tecnología *peer to peer* (P2P) Napster, en el año 1999. Véase, entre otros LESSIG, 2005; LITMAN, 2001 (Cap. 11: “The Copyright Wars”). Sobre los posteriores cursos de acción de la industria musical, que involucraron amenazas, litigios y onerosos acuerdos extrajudiciales en contra de miles de personas individuales por compartir música en línea desde sus computadores personales, v. en general ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, 2008.

Frente a las lecturas de tipo conservador o neoclásico¹²⁶ que se esmeran en tratar al derecho de autor con la mayor semejanza posible al derecho de propiedad, demasiado enfocadas en el control y la exclusividad y que por ende tienden a ver toda clase de usos no autorizados o no comercializados como una lesión de los intereses de los titulares de derechos, y a las potencialidades de Internet y el entorno digital como obstáculos a la explotación normal de las obras, perjudiciales para los creadores y por ende para el desarrollo y el bienestar de las sociedades, se han levantado cuestionamientos contra una protección excesiva de los derechos de autor que en el presente estaría resultando injusta y gravosa para la sociedad. Para clarificar la exposición –y de paso el panorama actual de la discusión– separaremos las diversas críticas en dos grandes grupos:

- 2) Aquellas que señalan tensiones internas al derecho de autor, esto es, relacionadas con sus funciones propias;
- 3) Críticas de tipo contextual, que a su vez agruparemos en:
 - a) aquellas que destacan aspectos conflictivos de carácter económico, sociopolítico o sociocultural, que como tales sobrepasan el espectro de las normas jurídicas;
 - b) las que enfocan el asunto como un problema de “ajuste tecnológico” relativo a lo digital y sobre todo a Internet;
 - c) las que resaltan la interferencia del derecho de autor con otras regulaciones; y

¹²⁶ Así las nombra CASTRO BONILLA (*op. cit.*, pp. 318 y ss.).

- d) aquellas que se sitúan desde la perspectiva de los derechos humanos.

El impulso crítico ha llegado lejos, al punto que han surgido propuestas aquí y allá –aun desde sectores ideológicamente poco afines entre sí– a favor de la supresión total del derecho de autor.¹²⁷ Otros han propuesto reformas profundas, aunque sin cuestionar la validez misma del derecho de autor. Sin embargo aquí nos interesa sólo el aspecto negativo de la cuestión, las zonas en que el derecho de autor podría estar entrando en crisis, en cuanto pueden arrojar pistas para una discusión académica orientada a enfrentar aquellos problemas con herramientas jurídicas apropiadas. Pasamos a exponer –muy brevemente– cada uno de estos tres subgrupos.

2.1. Tensiones internas: las funciones del derecho de autor bajo escrutinio.

Este tópico remite a una discusión sobre ideas básicas, de principio, en cuanto a las funciones y fines que persigue el derecho de autor como sector normativo en particular. Se trata de aclarar qué es lo que da título para sostener que las regulaciones sobre derecho de autor no estarían haciendo bien “su trabajo” actualmente, lo que ha llegado a ser una percepción bastante extendida de un tiempo a esta parte.¹²⁸ Vamos a destacar aquello que consideramos esencial a este respecto.

¹²⁷ V. p. ej. LONG, 1995 y KINSELLA, 2001 (desde el libertarismo de la escuela austríaca de economía); CARSON, 2009 (desde un libertarismo de tendencia anarquista mutualista); MARTIN, 1998; SMIERS, 2006 (ambos desde una perspectiva de izquierda –según el léxico político actual– progresista).

¹²⁸ DE LA MAZA GAZMURI, 2006, p. 69. V. t. *infra*, 5.1.4, acerca de las opiniones críticas sostenidas por organismos internacionales de derechos humanos sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor.

Más allá de las distintas justificaciones que se pueden esgrimir para la existencia de esta forma de propiedad intelectual, hay algo que es inmediatamente más acuciante: para qué existe hoy el derecho de autor, y qué deberíamos esperar de él como mínimo. En otras palabras qué es lo que, sin llegar a justificar sus normas definitivamente, a lo menos explica que como sociedad mantengamos un cierto acuerdo en cuanto a la existencia de un derecho (objetivo) de autor. Esta pregunta deja atrás los relatos de tipo “utilitarista” o “iusnaturalista” habitualmente presentados a modo de disyuntiva en las dos grandes tradiciones jurídicas, cuestión que fue tratada anteriormente,¹²⁹ y en su lugar exige traer al frente los objetivos sociales que aquella legislación busca satisfacer, en cuanto manifestación legítima de la voluntad general. Tampoco la respuesta tiene mucho que ver con las retóricas que se emplean –algunas veces de modo partisano– para revestir el asunto: allí donde algunos hablan del “justo equilibrio entre intereses públicos y privados”, otros hablan de “propiedad”, “ladrones” y “piratas”, y otros aún prefieren hablar de un mero sistema de incentivos económicos a la producción de obras o contenidos, por ejemplo.¹³⁰ Ya vimos que en el derecho de EE.UU. pareciera sólo importar, de ceñirnos a su texto constitucional, el que haya más y más conocimiento y arte disponibles para el público. Sucede que en realidad, como sería de esperar, en el corazón del derecho de autor encontramos una amalgama de ideales no siempre compatibles. MELÉNDEZ JUARBE los ha resumido bajo las etiquetas de “incentivos”, “propiedad” y “expresión”.¹³¹ El énfasis relativo

¹²⁹ V. *supra*, 1.1.2.

¹³⁰ V. LITMAN, *op. cit.*, Cap. 5 (“Choosing metaphors”).

¹³¹ MELÉNDEZ JUARBE, 2011, pp. 213-216.

dependerá de las diversas lecturas o teorías que doctrinariamente pueden esgrimirse a su respecto.¹³²

Las funciones básicas del derecho de autor, es decir aquellas que pueden afirmarse sobre la base de una aceptación generalizada a lo largo del tiempo, suelen darse por sentadas y en consecuencia se pierden de vista. Siguiendo a Gillian DAVIES,¹³³ ellas pueden ser rastreadas a partir del momento fundacional de la disciplina: el Estatuto de la Reina Ana (1709), en cuanto pilar del derecho de autor no sólo anglo-norteamericano sino occidental en su conjunto. En él se encuentra el germen de los principios orientadores del derecho de autor internacional: [1º] derecho natural (de propiedad sobre los resultados de la labor intelectual), [2º] justa retribución por el trabajo, [3º] estímulo (pecuniario) a la creatividad, y [4º] exigencias sociales (básicamente permitir “la más amplia diseminación posible de obras para el público en general”). Dado que impera una cierta confusión entre “justificaciones”, “principios rectores”, “funciones” e “ideales” del derecho de autor, diremos por nuestra parte que las funciones¹³⁴ pueden resumirse a dos: las de carácter moral, que comprenden los dos primeros

¹³² V. DE LA MAZA GAZMURI, 2006.

¹³³ DAVIES, *op. cit.*, pp. 8-17.

¹³⁴ “función. (Del lat. *functio*, -*ōnis*). 2. f. Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas.” Diccionario de la Lengua Española (DRAE). [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=funci%C3%B3n>> [consulta: 27 noviembre 2014]

principios mencionados,¹³⁵ y las económicas (integrando a los dos restantes).¹³⁶

En otras palabras, el derecho de autor persigue básicamente:

- (A) Una función de carácter moral, o más bien “individual”, basada en las prerrogativas tanto personales (se incluyen aquí los intereses de la personalidad, *i.e.* los derechos morales) como patrimoniales de los autores individuales de obras del intelecto, es decir, en su vinculación espiritual con el producto de su talento y con el derecho a beneficiarse exclusivamente de su explotación.
- (B) Una función de tipo económico, o más bien “social”, relacionada con el incentivo pecuniario a la creatividad o a la producción de creaciones originales en el campo de la cultura y la ciencia, y con la maximización de la disponibilidad de obras para el público o los usuarios o consumidores, en general.

Por cierto, como es reconocido, los países de nuestra tradición civil o continental resaltan más (A), mientras los del *common law* tienden a enfocarse más en (B), pero ello no significa que una u otra deban excluirse pues son, de alguna manera, interdependientes.¹³⁷ Queda claro que no se pretende así agotar el campo del derecho de autor sino solamente delimitar lo que es el núcleo de su

¹³⁵ Es claro que el principio del “derecho natural” mira el resultado del trabajo intelectual como una “cosa” (*work*), mientras que el de la justa retribución lo ve como un servicio desempeñado (*labour*), compartiendo ambos sin embargo un mismo predicamento: el autor y sólo el autor tiene derecho a beneficiarse materialmente de su labor intelectual.

¹³⁶ El mismo DAVIES (*op. cit.*, pp. 180-187) adopta posteriormente en su trabajo un tratamiento similar. En relación con esto, COHEN (2007, p. 1155) observa que las principales teorías sobre el fundamento del derecho de autor pueden resumirse a dos: aquellas basadas en los derechos (*rights theories*) o en análisis económicos (*economics theories*), ambas resentidas de una oposición un tanto artificial –según la autora– entre individuos y sociedad.

¹³⁷ DAVIES, *op. cit.*, p.14.

regulación. En esos términos nos parece que sería difícil objetar la pertinencia o la centralidad de alguna de estas funciones,¹³⁸ y por ende ellas pueden servirnos de pauta para juzgar al derecho de autor dentro de sus propias fronteras.

Pues bien, ¿qué cuestionamientos pueden hacerse a estas funciones? Existen objeciones tanto conceptuales como empíricas en contra de ambas. Partiendo por la función que hemos llamado “individual”, lo primero que puede decirse es relativo a los intereses de la personalidad protegidos por el derecho de autor (paternidad, integridad, modificación y arrepentimiento): no está claro que su tutela jurídica exija otorgarle a alguien derechos exclusivos. ¿Por qué no podrían hallar cabida por fuera del derecho de autor, como p. ej. en las normas generales sobre daños?¹³⁹ En este sentido reclamar una indemnización por daños morales (en sede contractual o extracontractual) puede ser una vía perfectamente idónea para reivindicar el perjuicio hecho al prestigio o personalidad del autor que resulte ofendido, por ejemplo, a raíz de una atribución incorrecta de paternidad, dolosa o culpable, sobre sus escritos. A diferencia de cómo podría operar una reivindicación del derecho moral, dicha vía no acabaría en una destrucción de ejemplares o en su retiro del comercio,¹⁴⁰ ni podría el demandante solicitar medidas precautorias cuyo carácter intrusivo podría afectar gravemente el

¹³⁸ Tanto es así que una autora renombrada del ámbito regional, de tendencia claramente conservadora, como Delia LIPSZYC admite sin problema alguno que “el fundamento teórico del derecho de autor se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan” (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 39).

¹³⁹ DAVIES, *op. cit.*, p. 180; SHAVER, 2010, p. 173.

¹⁴⁰ V. el art. 85 C LPI.

ejercicio de la libertad de expresión.¹⁴¹ En nuestro derecho también podría ser perfectamente procedente un recurso de protección por afectación del derecho a la honra,¹⁴² instancia en la cual los tribunales superiores de justicia se verían en la necesidad de ponderar dicha garantía con la “libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa”¹⁴³ o también con la “libertad de crear y difundir las artes”.¹⁴⁴ Cualquiera de ambos cursos de acción parece menos cuestionable si se mira el asunto desde el interés público y no desde el punto de vista del autor individual.

En seguida puede decirse, con respecto al derecho que asiste al autor para beneficiarse de la explotación de su obra, que en cuanto pretensión resulta ser, *a priori*, un tanto endeble. Ni siquiera se necesita impugnar frontalmente su legitimidad, pues basta en principio con recordar que en las sociedades modernas, donde existe libertad de emprendimiento e igualdad ante la ley, normalmente no se reconocen derechos de exclusividad ni se asegura a nadie de antemano una pretendida justa remuneración, tomando únicamente como base el esfuerzo invertido en un determinado producto o el ingenio del trabajador.¹⁴⁵ Más bien es el mercado el que en cada caso se encarga de “remunerar” por los diversos trabajos

¹⁴¹ V. art. 85 D LPI.

¹⁴² V. arts. 19 N° 4 y 20 inciso 1° CPR.

¹⁴³ V. art. 19 N° 12 CPR.

¹⁴⁴ V. art. 19 N° 25 CPR.

¹⁴⁵ DAVIES, *loc. cit.*

sociales de acuerdo a la oferta y la demanda, y a los consumidores corresponde el juicio sobre si el trabajo en cuestión vale algo o no vale nada; ¿por qué las obras del intelecto, bienes tan intercambiables como cualquier otro, debieran situarse al margen de tales condiciones? Por otro lado, el valor de mercado ni siquiera es, en la mayoría de los casos, un medidor razonable de la contribución creativa de un individuo al acervo cultural o científico —entre otras razones, porque toda obra es solamente resultado final, al cual siempre precede una larga serie de esfuerzos múltiples y desarrollos paulatinos, con innumerables contribuciones que se agregan en el proceso de manera difusa y muchas veces anónima—. ¹⁴⁶ Existe aquí una verdadera inconmensurabilidad: tal como notara PROUDHON, por muy superior que sea el talento de un poeta, o de un escultor, filósofo, etc., las alabanzas que merezca su obra no guardan ninguna necesaria relación con la paga que se les deba en tanto hacedores de un producto destinado al intercambio.

Si hay algo que pueda satisfacer el mérito de la inteligencia, es la inteligencia misma. Esto es lo que ocurre cuando dos productores de diversos órdenes se rinden recíprocamente un tributo de admiración y aplauso. Pero cuando se trata de un cambio de productos con objeto de satisfacer mutuas necesidades, ese cambio sólo puede realizarse con arreglo a una razón de economía que es indiferente a la consideración del talento y del genio, pues sus leyes se deducen, no de una vaga e inapreciable admiración, sino de un justo equilibrio entre el *debe* y *haber*, en una palabra, de la aritmética comercial. ¹⁴⁷

¹⁴⁶ MARTIN, 1998, p. 38.

¹⁴⁷ PROUDHON, 2005, p. 119. Énfasis del autor.

La función social consiste, en parte, en incentivar a los creadores con la expectativa de un retorno pecuniario. Pero cabe considerar que esta no es la única razón que puede tener un genuino autor para crear. La fama, el reconocimiento y la pura vocación artística son motivos legítimos y no precisamente secundarios. En el ámbito de los trabajos académicos notamos esto con especial claridad.¹⁴⁸ Por ir un poco más lejos, existe alguna evidencia a favor de que la motivación en base a ganancias disminuiría la calidad del trabajo creativo.¹⁴⁹ De cualquier modo, COHEN ha puesto detenida atención en el carácter impredecible y en la naturaleza fundamentalmente inasible del fenómeno de la creatividad, que determinan que no siempre los incentivos de mercado sean la mejor técnica para fomentarla,¹⁵⁰ y en cómo su desarrollo en gran parte se beneficia del acceso incontrolado y fortuito a una amplia gama de bienes culturales.¹⁵¹

En el otro aspecto de la función social, que dice relación con la diseminación de los resultados del esfuerzo creativo y científico, encontramos una contradicción fundamental: desde que el derecho de autor significa una potestad de excluir a otros de usar, compartir o adaptar una obra del intelecto, él mismo constituye inevitablemente una barrera al acceso para la sociedad en general, tanto a aquel objeto protegido como a las innovaciones o transformaciones que serían realizables por cualquiera sin autorización de no existir dicha restricción.¹⁵² En

¹⁴⁸ Véase *infra*, nota al pie no. 156.

¹⁴⁹ MARTIN., *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁰ COHEN, 2006, p. 138.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 138.

¹⁵² SHAVER, *op. cit.*, p. 172.

otras palabras, no se puede negar que una ausencia total de derechos de autor permitiría la máxima diseminación posible de las obras ya creadas. El problema surge al pronosticar qué tantas obras se seguirán creando sin una fórmula institucional para rentabilizar las creaciones. Dada la actual división social del trabajo parece ser que, si no se otorgase a los creadores un derecho a excluir a otros de, p. ej., lanzar copias de sus trabajos al mercado, se debilitarían las condiciones económicas de producción de las obras al no haber incentivos para este tipo de emprendimiento, lo cual no sería favorable para la creatividad a futuro. Los mercados, incluido el “mercado de las ideas”, necesitan alguna clase de derechos de propiedad como prerrequisito para su correcto funcionamiento. Es justamente aquí donde aflora la tensión más característica del derecho de autor: como su carácter es al mismo tiempo el de un monopolio, y en cuanto tal significa una carga tanto sobre los posibles competidores como sobre el público en general, tiene en sí el potencial de generar inconvenientes a escala social. LANDES y POSNER, en un influyente artículo de 1989, caracterizaron a la lógica detrás del *copyright* como la búsqueda de un óptimo *trade-off* entre los costos de limitar el acceso a las obras versus los beneficios de proveer incentivos para crearlas en primer lugar. Equilibrar acceso e incentivos es, para estos autores, el objetivo central de la legislación autoral.¹⁵³ Básicamente, las cargas de dicha protección no deberían superar los beneficios, por lo que aspectos como el alcance de los

¹⁵³ LANDES y POSNER, 1989, p. 379 (cit. en DAVIES, *op. cit.*, p. 186). MASKUS, 2000, pp. 28-33 describe muy sencillamente esta contraposición entre lo que económicamente se denomina eficiencia estática y eficiencia dinámica (“Por un lado, la eficiencia estática requiere amplio acceso para los usuarios a un costo social marginal, que puede ser bastante bajo. Por otro lado, la eficiencia dinámica requiere incentivos para invertir en nueva información cuyo valor social excede los costos de desarrollo. Ambos son objetivos públicos legítimos, aun cuando existe un claro conflicto entre ambos” (*Íd.*, p. 29)).

derechos exclusivos, las utilizaciones excepcionalmente permitidas y la duración del plazo de protección resultan ser esencialmente asuntos de política pública.¹⁵⁴

En cuanto a los cuestionamientos de tipo empírico, es decir los que surgen de la experiencia actual, se ha resaltado que, pese a que uno de los grandes propósitos del derecho de autor es remunerar justamente a los creadores, no parece tener demasiado éxito en ello. Esto se ve más claramente en el mundo de las artes. Gracias a que el derecho de autor funciona como un bien comercial y debido a las características de la producción cultural en tiempos de globalización, él representa una fuente de enriquecimiento para grupos empresariales y unas pocas celebridades más que un medio de sustento para artistas individuales.¹⁵⁵ Por otro lado, las licencias Creative Commons y los sistemas de *open access*, que prescinden de algunos derechos exclusivos para facilitar la difusión y el acceso a sus contenidos, han mostrado ser exitosas, especialmente para ciertos tipos de actividades creativas.¹⁵⁶

¹⁵⁴ DAVIES, *op. cit.*, pp. 178-179. La expresión “política pública”, por la que traducimos el original “*public policy*”, no es un equivalente idóneo, pero la empleamos aquí a falta de otro sustituto mejor en nuestro idioma.

¹⁵⁵ SMIERS, *op. cit.*, pp. 284-285.

¹⁵⁶ Creative Commons (CC) es una iniciativa que comenzó el año 2002, por lo que lleva ya trece años funcionando y expandiéndose a lo largo del mundo. Es una organización sin fines de lucro fundada por Lawrence Lessig, y promueve el uso de licencias de obras protegidas por derechos de autor en las cuales el titular renuncia a algunos derechos para facilitar que sus obras sean compartidas y que otros autores se puedan basar en ellas. Como dato útil podemos decir que en 2014 se contabilizaban 882 millones de trabajos licenciados bajo CC (creativecommons.org, “State of the Commons” [en línea] https://stateof.creativecommons.org/?utm_campaign=2014fund&utm_source=carousel&utm_medium=web [consulta 28 noviembre 2014]). El *open access* o acceso abierto es un modelo de puesta a disposición de trabajos académicos y científicos bajo condiciones de acceso gratuito y estándares técnicos que permitan su reproducción e interoperabilidad, pensada fundamentalmente para Internet. Es conveniente para quienes se desempeñan en esos campos debido a que la libre difusión de sus publicaciones no afecta sus fuentes de ingresos, y por el contrario les proporciona una mayor visibilidad ayudándoles a alcanzar mayor reconocimiento y reputación (v. MARANDOLA, 2005, pp. 29-33).

Junto a ello se destaca el fenómeno actual del “derecho de autor sin autores”, que por cierto debilita la figura del autor individual sobre la que se construye la tradición del *droit d’auteur*. En palabras de ÁLVAREZ VALENZUELA:

En la práctica sucede frecuentemente que [a] un creador al momento de negociar la distribución, reproducción o comunicación comercial de alguna de sus obras (...) [se le exige] la cesión total de sus derechos de explotación económica, a cambio del pago de un precio único y un porcentaje sobre las ventas (nunca superior al 10%).¹⁵⁷

Así aparece la figura del titular (derivado) de derechos de autor, usualmente una persona jurídica cuyo giro consiste en la explotación mercantil de las creaciones que gozan de protección legal. La preponderancia de este sujeto corporativo del derecho de autor es algo crucial en el presente y sus efectos no pueden ignorarse:

No son principalmente los creadores los que pugnan por mayores protecciones centradas en la represión penal, el aumento de los privilegios monopólicos y las restricciones a los usos no comerciales, que son parte esencial de las propuestas de los grupos de presión. Por eso, hay quienes afirman que estamos ante un nuevo derecho: el derecho de autor sin autores.¹⁵⁸

¹⁵⁷ ÁLVAREZ VALENZUELA, 2005.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

El cumplimiento de la función económica adolece de otros cuestionamientos. La creatividad, como ha destacado p. ej. LESSIG, no se ve precisamente incentivada por las fuertes protecciones al derecho de autor. El punto queda bien ilustrado de la siguiente manera:

Hay un mercado libre de los lápices; no tenemos que preocuparnos por su efecto en la creatividad. Pero hay un mercado altamente regulado y monopolizado de íconos culturales; el derecho a cultivarlos y transformarlos no es igualmente libre.¹⁵⁹

Este ejemplo dice mucho sobre lo que significan hoy las leyes de derecho de autor para el ejercicio de la creatividad. Al proteger tanto la reproducción “por cualquier medio” como los usos derivativos (transformación), erigen de manera artificial importantes costos de transacción y de financiación debido a la necesidad de contar con la autorización de cada titular para que un nuevo creador pueda tomar algo de, o basarse en, sus respectivas obras. En una época en que, gracias a Internet, “copiar y pegar” se ha vuelto una práctica del más común diario vivir, millones de usos de imágenes, discursos, canciones, etc., capturadas por usuarios de Internet a través de sus computadores para realizar desde humildes presentaciones escolares hasta trabajos de cine independiente, constituyen muy probablemente infracciones al derecho de autor a pesar de su carácter seguramente inocuo y claramente beneficioso.¹⁶⁰

¹⁵⁹ LESSIG, 2005, p. 153.

¹⁶⁰ En LESSIG, 2005, se relatan casos ejemplares de estas restricciones sobre la creatividad, como los problemas del cineasta de documentales Jon Else por la utilización incidental de cuarto segundos de “Los Simpsons” en una de sus producciones (v. “Capítulo 7: Grabadoras”), o las dificultades del abogado Alex Alben para conseguir todas las autorizaciones necesarias para que la empresa Starwave Inc. pudiese lanzar al mercado un video con retrospectivas de la carrera de Clint Eastwood, utilizando contenidos de sus películas para mejorar el producto (v. “Capítulo 8: Transformadores”).

Frente a ello la ley bien podría contemplar algunos supuestos en que para crear no sea necesario primero averiguar si un cierto contenido constituye obra protegida y quién es su actual titular (aunque puede haber más de uno por cada obra), para luego entrar en una difícil negociación por los términos del uso licenciado y el precio del mismo; de hecho, como se ahondará más adelante,¹⁶¹ siempre ha existido la conciencia de que el derecho de autor debe limitarse para no asfixiar la creatividad justamente allí donde los creadores no serían presumiblemente capaces de (o no estarían razonablemente dispuestos a) solventar aquellos gravámenes. Esta es una de las razones por las que existen excepciones al derecho de autor. Pero allí la intención del legislador puede resultar insuficiente de cara a las dificultades reales para materializar esos espacios de libertad creativa. Y es que muchas veces quien pretenda ampararse en una excepción tendrá que contratar los servicios de un abogado y prepararse para defender esa supuesta libertad ante los tribunales, con la incertidumbre y –nuevamente– los no pequeños costos que eso implica.¹⁶²

Hablamos de barreras que tal vez puedan ser sorteadas por aquellos que tengan una posición de mercado lo suficientemente acomodada y cuenten con bastantes recursos para gestionar y pagar todas y cada una las licencias necesarias. Pero el ejercicio de la creatividad no debería estar disponible sólo para los pocos grandes que presumiblemente podrían costearlo en esos términos. Queda claro entonces que el objetivo de incentivar la creatividad no se garantiza ni mucho

¹⁶¹ V. *infra*, 3.1.

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 153-154.

menos con un sistema cuya principal característica es permitir que algunos limiten el acceso de los demás a los productos de la cultura, y que bien puede jugar en contra del mismo propósito.

2.2. Tensiones económicas, sociopolíticas y socioculturales.

Los aspectos conflictivos que derivan de la expansión normativa del derecho de autor exceden lo estrictamente jurídico. Pero esto no significa que los problemas referidos a continuación sean irrelevantes para el campo del derecho de autor; podrían, por el contrario, evidenciar una necesidad de reestructurarlo o redefinirlo legalmente. Es necesario, para que las discusiones en el ámbito del derecho no se tornen ciegas respecto del mundo social, comprender hasta dónde se extienden los efectos de sus normas. Encontramos a este respecto cuestionamientos que apuntan a diversos desequilibrios sociales, económicos, políticos y culturales, y que en primer lugar tienden a reflejar las controversias asociadas al fenómeno de la globalización, en especial cuanto dice relación con sus efectos sobre los países en vías de desarrollo, y con la problemática relación entre soberanía estatal y poder económico transnacional; en segundo lugar, nos remiten a una crítica más general contra la commodificación de la cultura, en el contexto de las modernas sociedades capitalistas articuladas en torno al acto del consumo; y en tercer lugar, dan cuenta de otra relación de tintes más bien ásperos: aquella que se da entre el derecho y las nuevas tecnologías.

En un primer orden, se ha destacado que el derecho de autor no beneficia del mismo modo a los países desarrollados que a aquellos que caminan hacia el desarrollo. Es evidente que el grueso de las ganancias en materia de propiedad intelectual va a parar a los patrimonios de grandes conglomerados transnacionales

del mundo desarrollado, lo que explica que éstos tiendan a presionar por estándares elevados de protección en los foros internacionales.¹⁶³ El mundo en vías de desarrollo, por el contrario, juega esencialmente el rol de consumidor de bienes protegidos por derechos de autor: productos culturales, literatura científica, software, bases de datos, etc.¹⁶⁴ Pareciera que las necesidades de estos países, con miras al objetivo del desarrollo social y económico, apuntaran más prioritariamente hacia la difusión del conocimiento y la transferencia de tecnología que a la salvaguarda de la propiedad intelectual para beneficio de las naciones más adelantadas, sobre todo cuando sus capacidades para solventar el gasto en conocimiento y cultura son mucho más limitadas, y porque además perseguir la observancia del derecho de autor significa para tales Estados una considerable carga de presupuesto y de recursos institucionales.¹⁶⁵

Por otro lado, se afirma que existe una especie de intercambio desigual en relación con la cultura: los países del tercer mundo ponen toda una gama de expresiones artísticas y culturales tradicionales (mitología, música y bailes típicos, etc.) a disposición del mundo desarrollado, sin sujeción a derechos de autor, sólo para recibir a cambio contenidos fabricados por las mega industrias del entretenimiento para un público de masas, con el reflejo de una cultura consumista

¹⁶³ CHAPMAN, 2001, p. 24; SMIERS, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶⁴ LITMAN, *op. cit.*, pp. 80-81, cuenta cómo los grupos de presión en EE.UU. se valieron estratégicamente de este hecho para impulsar, a finales de la década de 1990, la tan criticada reforma a su ley de derecho de autor –la previamente aludida DMCA–.

¹⁶⁵ CHAPMAN, *loc. cit.*

y mercantil,¹⁶⁶ debiendo además pagar caro por ellas, con posibilidades muy restringidas de utilización y con la obligación de hacer cumplir normas draconianas al respecto, bajo la amenaza de sanciones comerciales como respaldo. En palabras de ÁLVAREZ NAVARRETE:

En los casos en que se explota el arte o los conocimientos tradicionales a través de los sistemas internacionales de Derecho de autor, las comunidades rara vez obtienen beneficios económicos y, cuando han sido compensadas, los beneficios suelen ser exiguos en comparación con las enormes ganancias obtenidas por las empresas explotadoras.¹⁶⁷

Otra crítica que se opone al control excesivo sobre las expresiones creativas es la que apela a la “democracia semiótica”, un término tomado de los estudios culturales y que hace referencia a un ideal de participación social: la posibilidad de que todos los sujetos contribuyan por igual a la creación de significado cultural, en lugar de ser meros “consumidores pasivos” de cultura.¹⁶⁸ Ello implicaría desde luego un mayor poder para el público de reapropiarse de los productos culturales, con mayores libertades para reproducir, transformar, compartir, etc., e iría de la mano con la promoción de la alfabetización digital, la habilidad de escribir (y no sólo leer) en el “lenguaje del siglo XXI”: uno más abundante en imágenes y

¹⁶⁶ “El curare, el *batik*, muchos mitos y la lambada salen de países en vías de desarrollo, y no están protegidos por derechos de propiedad intelectual; en cambio, el Prozac, los Levi’s, Grisham y la película *Lambada* se exportan a esos países bajo la protección de una caterva de leyes de propiedad intelectual (...)” (James BOYLE, cit. en SMIERS, *op. cit.*, p. 116.).

¹⁶⁷ ÁLVAREZ NAVARRETE, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁸ El término fue acuñado por John FISKE. Cit. en BALKIN, 2004, p. 3, nota al pie no. 2.

sonidos que en meras palabras, y que toma cuerpo en la expresión audiovisual y multimedia.¹⁶⁹ También se ha postulado que la posibilidad de interactuar libremente con las creaciones del intelecto vistas como “dispositivos semióticos”¹⁷⁰ es un interés de toda persona, pues forma parte del desarrollo de su propia identidad.¹⁷¹ Un derecho de autor en el que todo uso digital de obras protegidas constituye una infracción a la ley, y en el que además la producción cultural está cada vez más diseñada técnicamente para impedir que los usuarios jueguen libremente con ella, parece entrar en conflicto con esos objetivos.

Así llegamos a la que tal vez sea la crítica más elocuente formulada hasta ahora al maximalismo del derecho de autor, y que es la que sirve de fundamento

¹⁶⁹ LESSIG, 2005, p. 44.

¹⁷⁰ TEHRANIAN, 2011, p. 7, emplea este término para referirse “a un dispositivo sígnico que contiene y expresa información sobre aspectos de la identidad de un individuo” (“*to a signaling device that conveys and expresses information about aspects of an individual’s identity*”) (*loc. cit.*, nota al pie no. 17). No se ve razón, sin embargo, para limitar la significación a individuos aislados; nadie discutirá que los significados se originan y desarrollan siempre al interior de comunidades. De hecho, el mismo autor refiere un caso en que se condenó a una banda musical de pop y a su sello discográfico, por infringir los derechos de autor sobre una canción tradicional australiana (“Kookaburra”), creada por una profesora guía de scouts hace más de tres cuartos de siglo, y considerada como un símbolo de identidad nacional (véase *ibíd.*, pp. 52 y ss.).

¹⁷¹ V. en general *ibíd.* (v. t. *infra*, 4.3.1). El autor plantea que hay un desfase en cuanto a la función de los bienes materiales como portadores de significado, con respecto a los bienes inmateriales que son objetos de propiedad intelectual: mientras que el dueño de unos *jeans* puede modificarlos y usarlos de la manera que le plazca –lo que pasa a integrar el proceso de desarrollo de su personalidad y puede a la larga contribuir al diseño de su ambiente cultural comunitario– el usuario o consumidor de una obra protegida por derechos de autor (especialmente si está en formato digital con protecciones tecnológicas incorporadas) no puede en principio adaptarla a sus gustos y necesidades sin violar la ley. En una sociedad donde la expresión está crecientemente digitalizada, según este argumento, aquel aspecto de la subjetividad podría verse disminuido, creándose así barrera artificial entre el sujeto y la cultura que le rodea.

e hilo conductor al ya varias veces citado libro de Lawrence LESSIG, “Cultura Libre”. Dicho con sus propias palabras:

Ninguna sociedad, libre o controlada, ha exigido jamás que se pagara por todos los usos o que siempre hubiera que pedir permiso para la creatividad (...). Las culturas libres son culturas que dejan una gran parte abierta a los demás para que se basen en ella; las que no son libres, las culturas del permiso, dejan mucho menos.¹⁷²

El efecto de cómo han cambiado las leyes de derecho de autor es, según él, que nuestra cultura está pasando a ser cada vez más una “cultura del permiso”, y ello a causa de haberse desdibujado los límites entre lo libre y lo controlado, las esferas de la cultura no comercial y la cultura comercial, respectivamente. “Internet ha preparado dicha desaparición de límites y, presionadas por los grandes medios, las leyes ahora no distinguen entre lo libre y lo controlado”.¹⁷³ El proteccionismo dibuja una tendencia que es así señalada por Jessica LITMAN:

Finalmente, las leyes están acercándonos a una época en que leer, observar, y escuchar podrían estar bajo control por políticas de derecho de autor. Los titulares de derechos han reivindicado potestades para controlar copias no autorizadas, para controlar el acceso no autorizado, y para controlar enlaces a sitios ofreciendo dispositivos y métodos para obtener copias no autorizadas o conseguir acceso no autorizado.¹⁷⁴

¹⁷² LESSIG, 2005, p. 38.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 23.

¹⁷⁴ LITMAN, 2005, p. 194. Traducción propia.

Esto quiere decir que el derecho de autor está teniendo efectos perceptibles sobre el modo en que experimentamos la cultura que nos rodea y en la que nos constituimos como sujetos. Efectos que, en todo caso, no se originan en las puras normas jurídicas, sino en el contexto social más amplio en el cual ellas desempeñan su función reguladora. Aquí vale la pena atender al nexo entre capitalismo y cultura, cuyo rasgo más evidente es la transformación de la cultura en mercancía: su comodificación.¹⁷⁵ Pese a que circulen en un verdadero mercado de ideas, los objetos del tipo que protege el derecho de autor no pueden reducirse a simples cosas, meras partículas discretas del entorno material o digital: son en sí mismos mensajes culturales, cuya función directa es comunicar o transmitir saberes, apreciaciones, valoraciones, deseos, expectativas de comportamiento, etc.; en una palabra, cultura. Por lo tanto, y si toda mercancía es de por sí portadora de significado,¹⁷⁶ las obras del intelecto ocupan entonces un lugar preferente entre los dispositivos semióticos que circulan tan profusamente en nuestra sociedad post-industrial.

La comodificación de la cultura,¹⁷⁷ su integración en el “sistema del consumo” –posible, en primer lugar, gracias a que el derecho de autor convierte

¹⁷⁵ Usaremos esta voz –aún no oficializada en nuestra lengua– como traducción fiel del término inglés “*commodification*”, que hace referencia a la transformación de cosas en mercancías (*commodities*), cuando tradicionalmente o de acuerdo a su contexto original no son consideradas tales.

¹⁷⁶ Sobre el rol del consumo de objetos como ideología de subordinación y diferenciación social, v. BAUDRILLARD, 2009 (argumentando, entre otras cosas, que el valor significativo de las mercancías sobrepasa en el actual estadio de nuestras sociedades al valor de uso y de cambio como determinante de las actitudes de consumo).

¹⁷⁷ Pese a ser un término muy abierto y polisémico, suele ser útil la definición clásica de “cultura” dada por TYLOR: “aquel complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, derecho, moral, costumbres,

sus mensajes en objetos apropiables– y su circulación a la par con todas las demás mercancías, tiene algunos efectos críticos sobre el modo de percepción y de significación de las obras, los cuales invitan a hacer un cuestionamiento a fondo de la misma. BAUDRILLARD, por ejemplo, nos habla de cómo el consumo de cultura en la sociedad contemporánea no tiene por objeto la cultura misma ni es motivado por un deseo de saber o de aprender, sino que responde primeramente a la competencia por estatus social, pasando a desempeñarse –al igual que toda mercancía, pero en un grado jerárquico superior– como un “elemento de confort o de prestigio”,¹⁷⁸ y de cómo las actividades de contenido cultural (como la lectura de una cierta publicación escrita, por ejemplo) funcionan bajo la forma del consumo como signo de una adhesión abstracta al grupo imaginario de los que consumen ese mismo producto;¹⁷⁹ la comunión real entre personas, de la que surge la cultura como patrimonio hereditario de obras, pensamientos y tradiciones, es sustituida por una “comunicación” de masas simulada y abstracta entre consumidores, mediada por un soporte ya no simbólico sino que netamente técnico.¹⁸⁰ Todo ello bajo el impulso de un sometimiento de la difusión cultural a los imperativos de la tecnoestructura capitalista: que lo producido tenga la marca

y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad” (PRINZ, 2016). Más recientemente se ha conceptualizado a la cultura como un patrón de significados transmitidos históricamente. V. ibíd.; v. t. BARKER, p. 45 (“*These processes of meaning production are signifying practices and to understand culture is to explore how meaning is produced symbolically as forms of representation*”).

¹⁷⁸ BAUDRILLARD, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 124.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 119.

de lo efímero, de lo obsolecente, de la “información de actualidad” que debe ser permanentemente actualizada para alimentar un ciclo frenético de “reciclaje cultural”.¹⁸¹ La ideología del consumo como sistema o código de socialización, desde este punto de vista, trastoca el proceso mismo de creación de sentido al integrarlo en el sistema productivo tardocapitalista (que opera, según BAUDRILLARD, mediante la manipulación a gran escala del deseo de consumir), transformando las relaciones sociales entre sujetos de carne y hueso en relaciones entre signos autonomizados respecto del acontecer real.

Completa este cuadro una circunstancia que, en opinión de LESSIG,¹⁸² es la que vuelve realmente alarmantes a todos los demás problemas: la concentración e integración de los medios audiovisuales. Para nadie es un misterio que los procesos económicos y políticos de las últimas décadas han resultado en un aumento de la concentración de los diversos sectores de la economía en manos de unos grupos de empresas cada vez más reducidos. Concerniente a los medios de comunicación masiva, ello pone en peligro la diversidad de las expresiones y la innovación en los contenidos que se ofrecen al público.¹⁸³ Así además se generan resultados cuestionables desde el punto de vista cultural, como indica SMIERS:

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 116.

¹⁸² LESSIG, 2005, p. 137.

¹⁸³ *Ibíd.*, pp. 139-142. En cuanto a la integración vertical –al interior de una misma cadena productiva; *i.e.* entre los productores de contenidos y las emisoras– de los medios, el asunto se relaciona en todo caso con la aptitud legal de las empresas para detentar a título originario los derechos sobre el material creativo. En el derecho chileno, que sigue la tradición del *droit d’auteur*, las personas jurídicas en ningún caso pueden ser titulares de derechos morales, pero sí existen hipótesis de presunción de cesión del derecho patrimonial o de *cessio legis* (cesión legal) del mismo a favor de aquéllas (v. *supra*, nota al pie no. 32), lo que a efectos prácticos viene a ser bastante similar, ya que el control sobre los derechos de explotación condiciona obviamente el resultado creativo cuando se trata de empresas, cuyo objetivo en esencia es –cuál otro si no– vender lo más posible.

Las pocas industrias culturales que han quedado en pie hacen circular por sus canales únicamente los productos artísticos o de entretenimiento de los que tienen los derechos a una escala que les resulta beneficiosa en el aspecto comercial. Así, toman melodías e imágenes de todas partes del mundo y las adaptan al oído y la visión occidentales.¹⁸⁴

La concentración de la propiedad en los medios, a juicio nuestro, debiera de suyo alertar también sobre el modo en que se desarrollan los procesos legislativos domésticos y el diseño de tratados internacionales sobre la materia, en cuanto al grado de influencia que pueden tener y ejercer en ellos las empresas incumbentes, cuestión que ciertamente envuelve riesgos antidemocráticos.

Sin embargo, sabemos que la tecnología digital ha introducido ciertos cambios en la manera en que los individuos logran participan en la cultura, potenciando las capacidades de cada uno para expresarse y ser oído (o leído), y haciendo más real la posibilidad de participación en lo que BALKIN llama una cultura democrática: esto es, “una cultura en la cual los individuos tienen una justa oportunidad de participar en las formas de creación de significado que los constituyen como tales”, tanto a ellos mismos como a las comunidades y subcomunidades a las cuales pertenecen.¹⁸⁵ En un entorno mediático donde, según

¹⁸⁴ SMIERS, *op. cit.*, p. 97.

¹⁸⁵ BALKIN, *op. cit.*, pp. 3-4 (“*a democratic culture is a culture in which individuals have a fair opportunity to participate in the forms of meaning-making that constitute them (...) and the communities and subcommunities to which they belong*”). Este planteamiento se inspira en el concepto de democracia semiótica mencionado con anterioridad.

BAUDRILLARD, la actividad cultural del público se ve degradada a un consumo masivo –y pasivo– de signos en perfecta sucesión virtual y el acontecimiento se ve reducido a espectáculo,¹⁸⁶ Internet viene a ser una herramienta para recuperar la participación activa de ese público, dándole la posibilidad de disputar el control de las expresiones culturales a la industria de los *mass media* y quebrantar así la ideología que sustituye a la realidad por un sistema cerrado de signos. Cultura libre y cultura digital van, entonces, necesariamente de la mano, y no sólo porque Internet sea una “gigantesca máquina de copiado”.

Lo anterior nos acerca al tema más general de las relaciones entre derecho y tecnología, y en concreto de las múltiples aristas jurídicas que aparecen ligadas al auge de Internet. Se sabe que Internet es un fenómeno difícil de regular, pero lo cierto es que el derecho no puede permanecer indiferente a la configuración y desarrollo de esta verdadera sociedad virtual. La enorme gama de actividades que ella ha hecho posible más allá de las fronteras geográficas y culturales, ha venido suscitando interrogantes sobre cómo regular el entorno de Red en materia impuestos, jurisdicción, tratamiento de datos, propiedad intelectual, relaciones comerciales, derechos fundamentales y otros asuntos de gran relevancia jurídica.¹⁸⁷ En la base de todo esto se halla la pregunta sobre qué hacer, como sociedad, con esta nueva tecnología de comunicación que ha resultado tan beneficiosa como disruptiva y, para no pocos, peligrosa. Las respuestas exigen no sólo una cierta comprensión del cambio tecnológico, sino también una valoración

¹⁸⁶ BAUDRILLARD, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁷ CASTRO BONILLA, *op. cit.*, p. 26.

respecto del mismo y de las maneras en que puede ser utilizado para modelar tanto el comportamiento individual como las relaciones sociales. Lo primero es entender que si Internet funciona de determinado modo es porque fue humanamente diseñada para hacerlo de ese modo. “Su arquitectura es una función de su diseño... de su código”, nos dice LESSIG.¹⁸⁸ El código no es otra cosa que la combinación de software y hardware que en conjunto configuran el ciberespacio tal como es, pero que bien podría ser modificada el día de mañana por variadas e indefinidas causas, como quizá la acción de uno o más gobiernos o presiones desde mundo empresarial, por ejemplo. En este sentido Internet no es una fatalidad: el mundo puede (o quienes tienen el poder suficiente pueden), ciertamente, darle marcha atrás. Para el derecho de autor se trata de un problema de primer orden:

El ciberespacio era un lugar donde “un número infinito de copias podían ser hechas en forma gratuita”. Pero ¿por qué exactamente? Por su código. Un número infinito de copias podía ser realizado porque el código permitía dicho proceso. Pero entonces, ¿por qué no podía ser cambiado el código? ¿Por qué no podríamos imaginarnos un código diferente, uno que protegiera mejor la propiedad intelectual?¹⁸⁹

E imaginarlo no resultó tan difícil: los “sistemas de confianza” o DRM comenzarían a ser ampliamente desarrollados un tiempo después, de tal modo que hoy gran parte de las industrias del entretenimiento y la cultura ofrecen sus productos en formatos protegidos mediante sistemas de control de acceso y/o

¹⁸⁸ LESSIG, 2002, p. 20.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 34.

controles anticopia.¹⁹⁰ Esto configura una situación en que “la arquitectura desplaza al derecho”, al decir de LESSIG, en la función de regular la conducta de los usuarios de Internet. A mayor abundamiento, el mismo autor plantea que estamos asistiendo a la conformación de un ciberespacio altamente regulado, donde las utopías iniciales de libertad en la red ceden el paso a vaticinios más realistas sobre un entorno en que se impondría cada vez con mayor fuerza el control (ya sea estatal o particular).¹⁹¹ Sobre lo mismo, GILLESPIE nos advierte acerca de la necesidad de situar en su contexto sociopolítico estos efectos de arquitectura, entendiéndolos como la parte visible de una estrategia regulatoria más amplia. El hecho de que los sistemas de confianza adquieran verdadera (aunque siempre limitada) eficacia gracias al poder de la ley, que castiga a cualquiera que intente saltar aquellas barreras tecnológicas, y a la concentración económica existente en la industria de medios y contenidos, nos habla sobre una nueva clase de control que se ha ido abriendo paso en la era digital, uno centrado en regular directamente la tecnología más que los usos que se hagan de ella, de tal manera que quienes controlan la tecnología puedan controlar también la conducta de las personas, pero de un modo más eficaz que el derecho: definiendo desde el principio qué usos deben ser técnicamente posibles y cuáles imposibles.¹⁹²

¹⁹⁰ “Un archivo multimedia digital es una serie de bits (unos y ceros) escritos en un formato que puede ser leído por un *hardware* o reproductor de *software*, en forma de música, texto, video o una combinación multimedia. Los archivos digitales son inherentemente copiables, ya que no suele haber escasez de bits o medios de almacenamiento para mantenerlos. (...) Para gestionar los bits, por tanto, los proveedores tratan de controlar el acceso –restringiendo el acceso a suscriptores pagos autenticados, o impidiendo la copia– encapsulando los bits en una especie de contenedor, ya sea físico o digital, que resista el acceso de un posible copista” (SELTZER, *op. cit.*, p. 29).

¹⁹¹ LESSIG, 2009. p. 36.

¹⁹² GILLESPIE, 2007, pp. 8-10.

La protección digital de contenidos es sólo una muestra de que el derecho de autor puede llegar a influir sobre las características materiales de nuestro entorno digital (y no es de suponer que los interesados en su sobreprotección no sigan intentando hacerlo).¹⁹³ Pero hay otro riesgo que asoma como importante: es la posibilidad de que la reivindicación de los derechos de autor “ahogue” el desarrollo tecnológico a futuro.

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.¹⁹⁴

En suma, las amplitud e indeterminación de las zonas reguladas por el derecho de autor y la incertidumbre que ellas significan para los desarrolladores de tecnología por el riesgo de enfrentar demandas judiciales, sumadas a los intentos por controlar directamente el diseño de la tecnología, definen un espacio crítico del derecho de autor en el siglo XXI, gracias a los incentivos que genera en algunos grupos de interés (básicamente, las empresas con mayor presencia en el

¹⁹³ El mismo LESSIG en otra de sus obras (2005, p. 159) lo explica con bastante claridad: “La difusión eficaz de contenidos significa que a los distribuidores de contenidos les resulta más difícil controlar la distribución de contenidos. Una respuesta obvia a esta eficacia es, por tanto, hacer que Internet sea menos eficaz. Si Internet hace la “piratería” posible, entonces, según esta respuesta, tenemos que romperle las piernas a Internet”.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 158.

mercado de la cultura y el entretenimiento) para poner trabas al desarrollo tecnológico y limitar la eficacia de las tecnologías actuales.

2.3. Interferencia con otras regulaciones.

Identificamos tres sectores del ordenamiento jurídico en los que el derecho de autor interfiere de manera potencialmente problemática: el derecho de la libre competencia, el derecho del consumidor y el derecho civil de bienes. Esta última interferencia resulta especialmente intensa y problemática, si bien extrañamente ha solido pasar desapercibida.

La naturaleza monopólica del derecho de autor –común a todo el sistema de la propiedad intelectual– no podía dejar indiferente a aquella área de las ciencias jurídicas que se ocupa específicamente de la libre competencia. Muy a grandes rasgos, ocurre lo siguiente:

Al ofrecerle al propietario de la PI [propiedad intelectual] la posibilidad de incrementar los precios, los derechos de PI pueden disminuir la producción y por tanto el bienestar total. (...) El efecto de la PI en el bienestar del consumidor dependerá de saber si las rentas “monopólicas” generadas por el propietario del derecho exclusivo de PI serán traspasadas de una u otra forma a los consumidores. Esto no será necesariamente a través de precios más bajos, pudiendo ser simplemente a través de mejor calidad, nuevos productos o servicios y una posibilidad mayor de elección para los consumidores. Una protección amplia a la propiedad intelectual puede, no obstante, perjudicar a los

consumidores en el largo plazo si tiene el efecto de restringir a la innovación acumulada.¹⁹⁵

La concurrencia de dichos aspectos relacionados con el bienestar general, entonces, plantea serios problemas el entendimiento de los derechos de propiedad intelectual como “derechos de propiedad”, resultando en este sentido, para algunos, más favorable su tratamiento como una forma especial de regulación, y no ya siquiera como un monopolio o privilegio, en atención a las cargas u obligaciones a las que de hecho están sujetas, en mayor o menor medida, las distintas formas de propiedad intelectual.¹⁹⁶

Por su parte, el derecho del consumidor se ve interpelado a propósito de la comercialización de obras o contenidos creativos, que dada la actual usanza suele implicar ya no tanto la venta de ejemplares tangibles, sino cada vez en mayor medida la oferta de acceso a contenidos digitales regulada mediante acuerdos de licencia, ya sea que ello involucre o no la distribución de copias. Cuando se trata de contenidos digitales los proveedores suelen incorporar medidas tecnológicas de protección, y esto puede generar roces con los derechos de los consumidores en cuanto a las condiciones de uso y acceso ofrecidas. ¿Podrían los respectivos acuerdos de licencia contener cláusulas abusivas? ¿Informan debidamente los proveedores de contenidos licenciados acerca de las restricciones técnicas asociadas al producto, de modo que el consumidor pueda conocer qué

¹⁹⁵ LLANOS, 2010, p. 234.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 270. En el derecho de autor aquellas cargas u obligaciones se manifiestan en los límites reconocidos por las leyes: por ejemplo, la doctrina del “uso justo” en el *common law*, o en general las limitaciones y excepciones que con carácter más o menos específico admiten las diversas legislaciones. V. *infra*, 3.2.3.

posibilidades de uso le serán coartadas por el sistema de DRM? ¿Cómo se relacionan en general las medidas tecnológicas de protección con las expectativas razonables de los consumidores?¹⁹⁷ Son fricciones normativas que no surgían antes de la evolución experimentada por derecho de autor tras entrar en la sociedad de la información.

Finalmente, la manera en que el derecho de bienes se ve afectado por los efectos del derecho de autor y su expansión normativa, es a través de una imposición de límites no del todo nítidos sobre el ejercicio del derecho de dominio. Esta circunstancia, pese a ser consecuencia de la misma definición del derecho patrimonial de autor, parece no haber sido nunca percibida por la doctrina, pero en cambio constituye uno de los argumentos de mayor peso en manos de autores de tendencia libertaria abolicionista.¹⁹⁸ Se trata de un conflicto verdaderamente fundamental, ilustrado por CARSON con estas palabras:

El principal derecho que uno tiene sobre su propiedad es a un uso irrestricto de ella, no a la cooperación por otros en la mantención de su valor de reventa. Una ley que restringe el uso y goce de un bien propio, a fin de mantener el valor de mercado de una propiedad ajena—y todo ello en el nombre de los “derechos de propiedad”, nada menos— es fundamentalmente perversa.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Véase GROENENBOOM *et al.*, 2006.

¹⁹⁸ V. p. ej. KINSELLA, *op. cit.*; CARSON, *op. cit.*

¹⁹⁹ CARSON, *op. cit.*, p. 13. Traducción propia.

Al declarar prohibida, por ejemplo, la exhibición al público de una obra cinematográfica (o musical, etc.) en un local comercial, o la venta de copias de un programa computacional, o la transferencia por Internet de archivos musicales mediante programas gestores de descargas *peer to peer*, o la realización de varias fotocopias (o copias digitales) de un libro, sin la previa autorización del titular de los derechos de autor, la ley simplemente está imponiendo un gravamen sobre el disfrute de unos bienes para favorecer la valorización de otros: quedándonos con el último ejemplo, ni el legítimo dueño del libro, ni el de la máquina fotocopidora, ni el del papel usado para fotocopiar, son libres de ejecutar esos actos sobre dichos bienes pese a que les pertenezcan en toda regla. La razón: evitar que el original (si es que existe tal cosa) y/o las copias que sí fueren autorizadas por el titular de los derechos, vean su precio disminuido en el mercado, como efecto de la mayor oferta de copias a bajo costo. Y por esto es que, por regla general,²⁰⁰ la ley obliga a esos propietarios, en forma previa, a pedir los correspondientes permisos, facultando de esta manera al titular para tarifar cada uno de esos actos, los cuales de otro modo serían lícitos.

Vemos así que tanto el derecho patrimonial como el derecho moral confieren, necesariamente, al autor o derechohabiente un poder para decidir sobre la utilización de cada ejemplar o copia existente de la obra protegida, sin consideración al hecho de que esos bienes pertenezcan a diferentes dueños. KINSELLA lo explica en forma clara:

²⁰⁰ Existen excepciones, cuyo tratamiento hemos dejado, por razones de claridad expositiva y argumental, para más adelante: v. *infra*, 3.2.3.

Es importante señalar que la propiedad sobre una idea, u objeto ideal, efectivamente otorga a los titulares de la propiedad intelectual un derecho de propiedad sobre *cada* materialización de esa obra o invención. Considérese un libro sujeto a derechos de autor. El sistema de derechos de autor le concede a A el derecho sobre el propio *patrón* de palabras en el libro; luego, en consecuencia, A tiene un derecho sobre *cada* ejemplar tangible o materialización del libro –i.e., un derecho sobre cada versión física del libro, o, al menos, sobre cada libro dentro de la jurisdicción del sistema jurídico que reconoce aquel derecho de autor.²⁰¹

La conclusión lógica de esta situación es que

...si se reconocen derechos de propiedad sobre recursos no escasos, esto necesariamente implica que los derechos de propiedad sobre recursos tangibles sean correspondientemente disminuidos. Esto es porque la única manera de reconocer derechos ideales, en nuestro mundo real de escasez, es asignando derechos de propiedad sobre bienes tangibles.²⁰²

El conflicto nos parece grave, más aún cuando no existe noticia del mismo ni siquiera al nivel de las normas jurídicas. La Constitución, según vimos, garantiza el derecho de autor junto a la libertad de crear y difundir las artes como un derecho fundamental, pero justo antes de eso hace lo propio con el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, prescribiendo que “sólo la ley puede establecer... las limitaciones que deriven de su función social”,

²⁰¹ KINSELLA, *op. cit.*, p. 8.

²⁰² *Ibíd.*, pp. 31-32.

la cual comprende “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.²⁰³ De acuerdo a lo que hemos venido exponiendo, llama la atención la notoria ausencia en esta enumeración, evidentemente taxativa, de algo parecido a la propiedad intelectual; en otras palabras, la protección de los derechos de autor no forma parte de la función social de la propiedad. Esto significa que existe un antagonismo no resuelto, aun a nivel constitucional, entre propiedad intelectual y derecho de propiedad; cuestión que sin duda debería llamar la atención de la doctrina constitucional, en cuanto la búsqueda de posibles maneras de resolver dicho conflicto.

2.4. Conflictividad con derechos humanos.

El presente es un tópico que se ha discutido con creciente interés en otras latitudes. Hay algo que lo vuelve más interesante aún: la posibilidad normativa de tratar (o no) al propio derecho de autor como un derecho humano,²⁰⁴ y desde allí elaborar sus características y sus relaciones con otros derechos de igual naturaleza. De ello nos encargaremos, sin embargo, en el capítulo siguiente. En esta sección nos limitaremos a exponer precisamente los puntos de conflicto con otros derechos humanos, o las presiones “extrínsecas”²⁰⁵ que aquejan al derecho de autor a causa

²⁰³ Art. 19 N° 24 inciso segundo CPR.

²⁰⁴ V. *infra*, 5.1.

²⁰⁵ GERVAIS (2008a, 2008b) distingue entre las tensiones internas o intrínsecas al derecho de autor (explicadas por la coexistencia de derechos individuales, exclusivos y comerciables por un lado, y un subsistema de limitaciones y excepciones que obedecen a las diversas facetas del interés público subyacente a la configuración legal del derecho de autor, por el otro), y aquellas que le son extrínsecas, provenientes de otras áreas del derecho pero en especial de los derechos humanos, debido a que “ya no

de sus desarrollos recientes, cuestión que es de primer orden para comprender por qué entendemos que aquél está siendo interpelado, hoy más que nunca, desde esferas propias del derecho público, y cómo ello nos lleva a la necesidad de buscar respuestas en la clarificación de sus fronteras normativas más que en la expansión progresiva e indeterminada de su contenido privativo.

2.4.1. Libertad de expresión y derecho a la información.

La libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, se encuentra consagrada tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰⁶ como en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).²⁰⁷ Es un derecho bidimensional:

En efecto, [la libertad de expresión] requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.²⁰⁸

es más visto como un sistema cerrado con excepciones incorporadas tales como el *fair use* o *fair dealing* suficientes para asegurar el debido equilibrio (al menos no completamente)” (2008b, p. 15; la traducción es nuestra). Como habrá quedado claro, el esquema que hemos intentado delinear en este capítulo se basa en esa distinción.

²⁰⁶ Véase el art. 19 PIDCP.

²⁰⁷ Véase el art. 13 PIDCP.

²⁰⁸ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, pp. 9-10.

Existe una relación de larga data entre el derecho de autor y la libertad de expresión, tanto así que el primero se originó justamente para favorecer a la segunda.²⁰⁹ Más aún, el derecho de autor puede ser leído fructíferamente bajo los lentes de la libertad de expresión, de manera que algunas reglas sobre excepciones, exclusiones, la limitada duración y los mismos requisitos para la protección de obras del intelecto se justifican y operan a favor del libre discurso (como es el caso de los hechos noticiosos o de las decisiones de órganos del Estado, o de la dicotomía idea/expresión, por ejemplo). Se ha llegado a decir que el derecho de autor y la libertad de expresión tienen objetivos perfectamente compatibles,²¹⁰ y que aquellos límites específicos al primero aseguran por sí solos y suficientemente dicha compatibilidad.²¹¹ Pero ¿puede hablarse de un verdadero conflicto o tensión entre ambos derechos?

Tal como señala BIRNHACK, la respuesta es sin duda positiva dado que ambos campos del derecho (pero sobre todo el derecho de autor) se han expandido bastante últimamente.²¹² Los mecanismos del mercado, de los cuales el derecho de autor se vale para incentivar la expresión creativa, también pueden funcionar como un límite para el ejercicio del libre discurso. Cabe preguntar si acaso, y en

²⁰⁹ TUSHNET, 2004, p. 540

²¹⁰ V. U.S.S.C., 471 U.S. 539 (“Harper & Row v. Nation Enterprises”).

²¹¹ V. U.S.S.C., 537 U.S. 186 (“Eldred v. Ashcroft”).

²¹² BIRNHACK, 2006, p. 21.

qué casos, ese límite a una libertad fundamental resulta legítimo. Esto debiera llamar más la atención en tiempos como estos, cuando vemos a un derecho de autor globalizado y en buena medida divorciado de sus fundamentos filosóficos tras haber abrazado la ideología única del libre comercio.²¹³

La semilla del conflicto radica en aquellos usos que suelen considerarse no infractores, y que para materializarse requieren de la utilización de una determinada expresión creativa (sin limitarse a las “ideas” que la ley entiende contenidas en ella), como ocurre con el derecho de cita²¹⁴ o la utilización con propósitos de sátira o parodia,²¹⁵ por ejemplo.²¹⁶ Son los casos hipotéticos de un profesor universitario que necesita incluir fragmentos de una película en una presentación para sus alumnos, de un crítico literario que necesita citar textualmente partes de un libro, de un escritor de novelas que desea incluir frases de canciones populares en el desarrollo de su próxima novela, o de una compañía de teatro que pretende modificar una obra conocida para representarla desde un enfoque alternativo (como p. ej. el de una minoría sexual). Sin embargo todos estos usos bien podrían llegar a juzgarse, dependiendo de las circunstancias, como una infracción al derecho de transformación o adaptación, que es el derecho del autor a controlar la realización de obras derivadas de la suya. Así, por caso, se ha

²¹³ *Ibíd.*, p. 23.

²¹⁴ V. art. 71 B LPI.

²¹⁵ V. art. 71 P LPI.

²¹⁶ BOYLE, *op. cit.*, p. 94.

considerado infracción el “sampleado”²¹⁷ de canciones protegidas por derechos de autor.²¹⁸ No está siempre claro cuál es la línea divisoria entre una cita y una utilización presuntamente usurpatoria.

La implementación de medidas tecnológicas hace aún más patente el conflicto desde que ellas pueden restringir de hecho toda clase de usos derivativos, sean infractores o no, de acuerdo a la mera voluntad del titular. Se ha plateado esto como una clara antinomia entre las medidas tecnológicas de protección y el derecho a la libertad de expresión,²¹⁹ la que no sólo tiene parte y cabida en la forma de excepciones de “uso justo” sino también, y más fundamentalmente, debido a su carácter de derecho humano y fundamental, lo que ha llevado a algunos académicos del derecho en los Estados Unidos a sostener la inconstitucionalidad de las normas legales anti-elusión de sistemas DRM.²²⁰

Sin embargo, como TUSHNET ha destacado correctamente, la “expresión” que las constituciones y los pactos de derechos humanos protegen no tiene por qué reducirse a aquellas prácticas que disientan de un autor, dejando de lado a las que manifiestan un cierto acuerdo o reafirmación con respecto a su obra. En este sentido, cuando la ley asegura como legítima una utilización con propósitos de

²¹⁷ Consistente en el acto de incorporar trozos de otras grabaciones sonoras en una nueva.

²¹⁸ V. S.D.N.Y., 780 F. Supp. 182 (“Grand Upright Music v. Warner Bros. Records”).

²¹⁹ BOYLE, *op. cit.*, p. 95.

²²⁰ SELTZER, *op. cit.*, p. 50.

sátira o parodia, o la inclusión de fragmentos breves con fines de crítica, está beneficiando sólo a quienes manifiestan una visión antagónica a lo expresado por el autor.²²¹ Quedan así de lado muchísimos usos que el derecho de autor miraría seguramente como meras “copias”, por carecer de suficiente originalidad, pero que pueden ser perfectamente legítimos e incluso deseables desde el punto de vista de la libre expresión, ya sea a título de auto-expresión (hay valor en expresarse a través de la música, las imágenes o las palabras de otros), o cuando el único fin es persuadir a alguien o a una audiencia, o bien cuando permiten participar en comunidades o instituciones culturales, religiosas o políticas.²²²

Pero entonces, ¿por qué ve la ley con tan malos ojos el hecho de que alguien se exprese con las expresiones de otros? Es ejemplar aquí la objeción de *Justice Ginsburg*, jueza del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, vertida en el fallo del memorable caso “*Eldred v. Ashcroft*”: “la Primera Enmienda protege de un modo seguro la libertad para manifestar –o abstenerse de manifestar– las propias expresiones; [pero] resiste con menos firmeza cuando los hablantes alegan tener derecho a manifestar las expresiones de otros”.²²³ Sucede que, al trazar una línea divisoria entre ideas y expresiones, la ley parece contentarse con la suposición de que sólo necesitamos emplear pensamientos altamente abstractos e incorpóreos, ideas tan perfectamente autónomas como separables tanto del soporte

²²¹ TUSHNET, *op. cit.*, p. 546.

²²² V. *ibíd.*, pp. 568-574; 574-578; 578-582.

²²³ Cit. en TEHRANIAN, *op. cit.*, p. 12.

como de la obra misma, para llenar de sentido nuestro discurso y nuestras prácticas; como si nuestro universo significativo se compusiera de conceptos generales y trascendentes, en lugar de expresiones particulares y concretas. Hay, por cierto, razones para revisar ese supuesto. Por ejemplo, COHEN²²⁴ nos invita a cuestionar el sistemático compromiso con la abstracción que evidencian tradicionales doctrinas del derecho de autor, como –principalmente– la dicotomía idea/expresión, por dar cuenta insuficiente de cómo se forma la cultura y de cómo interactuamos a través de ella, y en su lugar propone avanzar hacia modelos teóricos que se ajusten mejor a la riqueza propia del fenómeno cultural (apoyándose en disciplinas como los estudios culturales y la teoría crítica postmoderna).²²⁵ En particular, llama la atención acerca de cómo la teoría cultural enfatiza la dependencia contextual de los significados, opuesta a su carácter invariable y abstracto, y tiende a concebir al texto y al significado como inextricablemente unidos;²²⁶ así como también de cuánta responsabilidad sobre aquellos malentendidos cabe al apego de los juristas al pensamiento filosófico de raigambre liberal racionalista, con su postulación de un sujeto autónomo y trascendente (o trascendental) capaz de un conocimiento igualmente trascendente (o trascendental) acerca del mundo y del yo. Dicha forma de pensar los procesos creativos “tiende”, según la misma autora, “a marginalizar preguntas más concretas acerca de cómo las personas usan la cultura y producen conocimiento, sobre las condiciones que llevan a la experimentación creativa, y sobre las

²²⁴ COHEN, 2007, p. 1171.

²²⁵ V. *Ibíd.*, pp. 1170-1177.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 1175.

condiciones que predisponen a las audiencias a dar la bienvenida a dicha experimentación”,²²⁷ todas las cuales nos reconducen necesariamente a formas concretas de producción y transmisión cultural, siempre “mediadas por y a través de textos, objetos, cuerpos y espacios”.²²⁸

No sólo la pura copia es valiosa en términos expresivos, de acuerdo a lo planteado por TUSHNET; también lo es sola recepción de productos creativos. Así lo expresa ella:

Tendemos a dividir a la gente entre “productores” y “consumidores” de obras protegidas por derechos de autor y a devaluar el acto de consumo. Pero lo que consumir significa en este contexto es leer, mirar, escuchar y hablar sobre obras protegidas—todas actividades expresivas valiosas que pueden ser extremadamente importantes para las personas, como individuos así como miembros de una comunidad.²²⁹

Este aspecto se puede ver reflejado en la otra cara de la libertad de expresión: el derecho a la información. Sobre él la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho célebremente que “una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”.²³⁰ En base a ello es que la actividad de copiar, toda vez que

²²⁷ *Loc. cit.* (“*The abstractions-based model of cultural production tends to marginalize more concrete questions about how people use culture and produce knowledge, about the conditions that lead to creative experimentation, and about the conditions that predispose audiences to welcome such experimentation*”).

²²⁸ *Ibíd.*, p. 1177.

²²⁹ TUSHNET, *op. cit.*, p. 566.

²³⁰ V. CORTE IDH., *op. cit.*, párrafo 32.

facilita el acceso a las ideas e informaciones, no puede ser tenida sin más por ilegítima desde el derecho de autor, sobre todo cuando la disponibilidad de obras en el mercado impide el acceso a quienes no tienen la capacidad pagar por ellas.²³¹ Esto aplica con más fuerza dentro del contexto de países del mundo no desarrollado o en vías de desarrollo.

Hay más. El ambiente de Internet da lugar a nuevas formas de amenaza a la libertad de expresión relacionadas con el derecho de autor. Beatriz BUSANICHE enuncia las siguientes:

- la identificación y establecimiento de restricciones de acceso a obras bajo Copyright, claves de identificación y sistemas de permisos, a través de sistemas de monitoreo y control de lecturas, diseñados e implementados como medidas técnicas de control;
- el establecimiento de un marco regulatorio de protección de las medidas técnicas en sí mismas;
- la regulación de la responsabilidad de los intermediarios y proveedores de servicios de Internet;
- la desconexión de usuarios de Internet; y
- la baja y bloqueo de contenidos de la red.²³²

²³¹ TUSHNET, *op. cit.*, p. 565.

²³² BUSANICHE, 2013, p. 35.

El primer punto se refiere al impacto que pueden tener los sistemas DRM en la capacidad de los usuarios para expresarse libremente, ya que las restricciones impuestas por ellos pueden ir más allá de los meros controles de acceso y copia para controlar y monitorear, por ejemplo, sus hábitos de lectura. Mencionaremos el asunto con un poco más de detalle en el apartado siguiente, porque se trata más bien de algo que impacta directamente sobre el derecho a la privacidad, afectando luego por vía consecencial la libertad de expresión. El segundo punto está indisolublemente vinculado con lo anterior, pero además presenta otro aspecto relevante por cuanto la penalización de la elusión de medidas tecnológicas de protección, así como de la producción y distribución de artefactos o dispositivos tecnológicos cuya función sea facilitar dicha elusión, podría considerarse un límite a ciertos tipos de expresión: desde luego, criminaliza acciones tendientes a lograr el acceso a obras protegidas en casos presumiblemente legítimos, es decir cuando puede haber razones legales e incluso constitucionales para que los usuarios tengan la posibilidad de acceder a ellas, lo que ha dado pábulo para postular un “derecho a hackear” como autodefensa contra las barreras tecnológicas que restringen de aquel modo las libertades de expresión e información (como p. ej. cuando se montan restricciones tecnológicas sobre obras bajo el dominio público).²³³ Adicionalmente, podría esgrimirse que “escribir código (o sea, desarrollar programas de software) es expresión”, con lo cual perseguir criminalmente a un programador que ha desarrollado software para sortear una determinada barrera tecnológica –con propósitos razonablemente legítimos– equivaldría a criminalizar a alguien sólo en base a las expresiones que ha vertido,

²³³ MELÉNDEZ JUARBE, *op. cit.*, p. 219.

por lo que una ley que permita aquello debería ser sometida a algún control de constitucionalidad allí donde ello fuere procedente.²³⁴

Los otros tres puntos se hallan relacionados con el rol de los proveedores de servicios de Internet (ISP, de acuerdo a sus siglas en inglés: *Internet service providers*), que en cuanto intermediarios en los procesos de comunicación que tienen lugar a través del entorno de red –ya sea como proveedores de acceso, de enrutamiento, de alojamiento y de contenidos, siendo especialmente relevantes entre estos últimos aquellos que entregan servicios de búsqueda y enlace de contenidos en Internet–²³⁵ se hallan en la situación de ser potenciales seleccionadores de los contenidos o controladores del tráfico de datos entre usuarios o entre ellos y otros proveedores de servicios, configurando así un escenario de eventual vulnerabilidad para la libertad de expresión en Internet. Es por ello que la limitación de responsabilidad para los ISPs constituye una materia de especial preocupación para las legislaciones respecto de diversas áreas de regulación, pero sobre todo en relación al derecho de autor, ya que frente al problema del tráfico no autorizado de contenidos sujetos a derechos de autor pueden emerger soluciones entre privados –vale decir, entre los titulares de aquellos derechos y las empresas que proveen servicios de Internet– con miras a facilitar el control de las actividades que llevan a cabo los usuarios en la red, con medidas como la bajada de contenidos sin notificación judicial previa, el boqueo de sitios web, la interferencia en los procesos técnicos de transmisión de datos o

²³⁴ V. S.D.N.Y., 111 F.Supp.2d 294 (“Universal City Studios v. Reimerdes”). V. t. BOYLE, *op. cit.*, pp. 89-110.

²³⁵ RUIZ GALLARDO y LARA GÁLVEZ, 2012, p. 48.

incluso represalias como la desconexión de usuarios de Internet, todas motivadas por supuestas infracciones al derecho de autor.²³⁶

2.4.2. Derecho a la privacidad.

El derecho a la privacidad o a la vida privada –emplearemos ambas expresiones como sinónimas– tiene reconocimiento tanto en el PIDESC²³⁷ como en la CADH,²³⁸ instrumentos que proscriben en iguales términos las “injerencias arbitrarias” en la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia de toda persona. La Constitución chilena por su parte asegura el respeto y protección a la vida privada de la persona y su familia.²³⁹ Puede entenderse por vida privada “una

²³⁶ En esta materia la ley chilena ha resultado ser ejemplar, por alejarse del sistema de “notificación y bajada” consagrado en la DMCA estadounidense, en el que por “conocimiento efectivo” de una presunta infracción se comprende el acto de informar directamente por parte del titular afectado, al ISP respectivo. En Chile, tras la dictación de la ley 20.435 que modifica la Ley de Propiedad Intelectual, se entiende por “conocimiento efectivo” una notificación legal emanada de un tribunal competente (véase el art. 85 N° LPI), lo que cierra la puerta a que los ISPs se conviertan en juzgadores y posiblemente censuradores de lo que las personas hacen día a día en Internet. Ello está, afortunadamente, aún más lejos de normativas como la Ley HADOPI francesa, aprobada en 2009 y finalmente derogada en 2013 (v. [IndustriaMusical.es](http://indusriamusical.es), “Fin a la Ley HADOPI” [en línea] <<http://indusriamusical.es/fin-a-la-ley-hadopi/>> [consulta: 10 diciembre 2014]), que establecía un método de tres avisos y la posterior desconexión de Internet para usuarios considerados infractores. Véase al respecto la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, emitida en 2011 por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) ([en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>> [consulta: 10 diciembre 2014]).

²³⁷ Véase el art. 19 PIDESC.

²³⁸ Véase el art. 11.2 y 11.3 CADH.

²³⁹ Véase el art. 19 N° 4 CPR.

esfera, zona, o espacio reservada (sic) a un individuo, que le permite mantener alejados a terceros de su conocimiento y acciones (o donde puede adoptar decisiones autónomamente)”;²⁴⁰ por lo tanto el derecho a la vida privada admite dos sentidos: por una parte como “autonomía”, esto es como una facultad de autodeterminación individual mediante acciones y decisiones cuyo resorte sea exclusivamente personal, y por otra como “territorialidad”, en referencia a la idea de un espacio (privado pero también, bajo ciertas circunstancias, público) en el cual podemos evitar la intromisión o la intrusión indebida tanto de particulares como del Estado.²⁴¹

Las zonas conflictivas del derecho de autor con el derecho a la privacidad son básicamente dos. La primera, como ya adelantamos, tiene que ver con los sistemas de gestión digital de derechos o DRM. La segunda nos remite a otra cara de lo que mencionamos al terminar el apartado anterior: el papel intermediario de los ISPs, esta vez en relación con el manejo de datos personales de los usuarios de Internet que como clientes utilizan sus servicios.

Sabemos que la motivación detrás de la implantación de protecciones tecnológicas en los productos comercializados por las industrias culturales, obedece a la necesidad de asegurar la obtención de ganancias en un ambiente

²⁴⁰ GÓMEZ BERNALES, 2005, p. 317. Cabe advertir en todo caso que la primera faceta mencionada, es decir la privacidad como autonomía del sujeto o como derecho a la autodeterminación, no ha tenido mayor acogida –todavía– en el ambiente jurídico chileno, pese a tener un claro reconocimiento en la comunidad jurídica angloamericana (v. *Ibíd.*; v. a. COHEN, 2003). A nuestro parecer nada obsta a que el concepto de privacidad se enriquezca de la misma manera en el marco de nuestro sistema jurídico.

²⁴¹ *Ibíd.*, pp. 319-320.

tecnológico que facilita enormemente la copia y transferencia de archivos en soporte digital. Reconociendo su derecho a explotar económicamente las obras bajo derechos de autor en condiciones de efectiva exclusividad, el derecho²⁴² ha sancionado la prerrogativa de los titulares de restringir, a través de mecanismos automatizados de “autotutela”, las utilizaciones no autorizadas de tales obras. BOYLE²⁴³ ha descrito esta situación en la forma de una alegoría, en la que los agricultores de un pueblo comienzan a cercar campos y caminos con alambre de púas (lo que él ha llamado famosamente “*the second enclosure movement*” o el segundo movimiento de cercamiento, análogo al que tuvo lugar hacia el siglo XVIII en Inglaterra respecto de las tierras de cultivo) para precaverse de los transeúntes que arrebatan el fruto de sus cosechas. Lo llamativo es que si la ley respalda con sanciones criminales la elusión de protecciones DRM, ello viene a ser como si en dicha alegoría no sólo se permitiera la autotutela mediante alambre de púas, sino que además se penalizara su cortadura y retiro incluso por quienes desean circular por caminos que la ley y la costumbre han declarado libres y comunes a todos.

Lo anterior ilustra que los sistemas DRM son capaces de ir más allá de lo que podría considerarse simplemente legítimo ante los ojos del derecho de autor, y esta es de hecho la principal crítica que se ha levantado en contra de las leyes

²⁴² Tanto la DMCA estadounidense como la EUCD han impuesto obligaciones legales de respaldar bajo sanciones la elusión de las medidas tecnológicas de protección. El TODA, como ya se comentó (v. *supra*, 1.2.1), es el punto de referencia para afirmar dicho reconocimiento jurídico en el ámbito chileno, pese a la inexistencia de disposiciones legales a la fecha de hoy. Con ello, conviene advertir, no estamos en ningún caso pronunciándonos a favor de aquel respaldo legal, ni menos aún de las medidas de criminalización que se le pueden asociar, aunque *a priori* nada nos impide reconocer dicha suerte de autotutela digital como algo en sí legítimo, o por lo menos entendible desde el punto de vista de los intereses involucrados.

²⁴³ *Op. cit.*, cap. 5 (“The Farmers’ Tale: An Allegory”).

que los respaldan.²⁴⁴ Las funciones de dichos sistemas suelen ser principalmente cuatro: (i) controlar el acceso a obras digitales; (ii) prevenir la copia no autorizada de las mismas; (iii) identificar a dichas obras y a los titulares relevantes de sus derechos de autor (o sea, contener información sobre la gestión de derechos); y (iv) asegurar que la información anterior no sea alterada o suprimida. De los distintos mecanismos tecnológicos utilizados para desempeñar dichas funciones, nos interesa aquí en primer lugar el monitoreo del uso (privado) de obras digitales mediante agentes informáticos (*bots* o “arañas web”, por ejemplo).²⁴⁵ Desde un primer momento se advirtió que estas tecnologías de monitoreo tenían el potencial de convertirse en una amenaza para los usuarios, ya que al permitir el registro de sus hábitos de consumo intelectual harían posible la agregación de datos personales y eventualmente su divulgación o comunicación a terceros sin el consentimiento de sus titulares, dejando así expuesta una esfera importante de su privacidad.²⁴⁶ Esta circunstancia es en sí conflictiva desde que la privacidad, como dijimos ya, involucra un ámbito de exclusividad que puede predicarse también sobre informaciones pertenecientes a los sujetos, lo cual equivale en términos prácticos a su inaccesibilidad para terceros, o al menos a una condición de accesibilidad limitada.²⁴⁷ Más allá de ello permanece latente el peligro de vigilancia a las personas mediante monitoreo, si bien en los hechos no parece aún

²⁴⁴ V. *supra*, nota al pie no. 109.

²⁴⁵ BYGRAVE, 2013, p. 58.

²⁴⁶ COHEN, 2003, pp. 584-585.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 7.

haber cobrado realidad.²⁴⁸ Es más, recientemente se ha constatado cierta disminución parcial en el uso de DRM por parte de las industrias de contenidos.²⁴⁹

Cabe también aludir a las funcionalidades más generales de las tecnologías DRM, sus meras restricciones técnicas al uso de obras digitales, como una forma de interferencia con la privacidad de las personas, tomando conjuntamente el aspecto espacial así como el de autonomía individual. En efecto, si se trata de controlar el uso, impedir de entrada ciertas funcionalidades –en lugar de vigilar lo que los usuarios harán con el producto– puede parecer suficientemente efectivo para los titulares de derechos, pero cabe preguntar si el comportamiento privado del usuario se ve así restringido legítima o ilegítimamente. COHEN sugiere que limitaciones tales como la prevención de copia a todo evento (incluso, p. ej., para obtener un respaldo de uso personal o almacenar una emisión para reproducirla en otro momento o lugar) o el cifrado que permite acceder a contenidos (películas o canciones, p. ej.) sólo empleando ciertos dispositivos (como ocurre con el algoritmo CSS de los DVDs), entre otras, disminuyen el nivel de autonomía decisional del usuario al mermar sus posibilidades de experimentar las obras, interfiriendo así con sus decisiones personales de consumo intelectual en un

²⁴⁸ BYGRAVE, *op. cit.*, p. 60. Debe mencionarse en todo caso, como una llamativa excepción a lo dicho, aquel escándalo de 2005 conocido como el incidente “*Sony rootkit*”, en que la compañía Sony BMG distribuyó CDs que traían secretamente incluido un software de protección de contenidos, el cual al instalarse permitía extraer información acerca del computador en que se insertaba el CD –como p. ej. la dirección IP– además de otros datos sobre su uso, de índole personal por supuesto; y como si ello fuera poco, se descubrió que el programa instalado también dejaba al computador vulnerable a otras clases de software malicioso en Internet. El incidente ameritó demandas en contra de la compañía y finalmente un acuerdo extrajudicial en que ella se comprometía, en adelante, a incorporar funciones de protección tecnológica de datos personales en su software (v. *ibíd.*, nota no. 17).

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 61.

contexto de privacidad espacial.²⁵⁰ De hecho, en casos como aquellos es la tecnología misma o, en palabras de LESSIG, “el código” quien decide lo que el usuario tiene o no permitido hacer, convirtiéndose en una restricción conductual mayor y, de hecho, más efectiva que la misma ley.²⁵¹

El otro foco de peligrosidad para la vida privada, aquel que tiene como protagonistas a los ISPs en cuanto poseedores de datos personales de sus clientes, sí ha informado más de algún acápite en la crónica en las guerras del copyright. Tiene estrecha relación con el fenómeno de la transferencia de archivos a través de redes P2P, un asunto que ha resultado bastante incómodo para las industrias del entretenimiento, y en especial para la industria musical que hacia el cambio de milenio se quejaba de estar sufriendo pérdidas importantes en sus cifras de ventas gracias a aquella tecnología.²⁵² Se trata, en efecto, de uno de los momentos paradigmáticos de aquella tensión entre innovación tecnológica y modelos de negocios, que arrojó desde los albores de la década pasada una oleada de agresivas campañas de disuasión, incluyendo litigación en contra no sólo de los desarrolladores de tales tecnologías, sino también y de modo indiscriminado en contra de personas individuales que decidían compartir sus catálogos de música con otros usuarios de Internet. Las acciones judiciales llegaron a alcanzar a menores de edad y adultos mayores en algunos sonados casos.²⁵³

²⁵⁰ COHEN, 2003, pp. 582-586.

²⁵¹ LESSIG, 2009, p. 290.

²⁵² LESSIG, 2005, p. 69. “Hace mucho tiempo que la práctica habitual de la industria es culpar a la tecnología de cualquier descenso en las ventas” (ibíd., p. 68).

²⁵³ Véase ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *op. cit.*, p. 3.

Ello fue posible gracias a que la RIAA (*Record Industry American Association*) logró obtener de algunos proveedores de acceso a Internet, primero directamente y luego a través de órdenes judiciales, los nombres y direcciones asociados a cada número IP (*Internet Protocol*)²⁵⁴ que aparecía almacenando archivos con copyright, los que a su vez fueron encontrados por agentes de la mencionada organización gremial que emplearon de modo encubierto, como usuarios cualquiera, los respectivos software de descargas P2P²⁵⁵. El que un ISP pueda verse presionado a revelar identidades por presuntas infracciones al derecho de autor es a todas luces una amenaza a la privacidad, pero lo cierto es que no hay manera de perseguir y sancionar las infracciones a la ley si no se logra conocer la identidad de los infractores. En general, ¿son las infracciones al derecho de autor razón suficiente para que alguien interesado pueda obtener conocimiento de lo que otra persona hace desde su computador? Pese a la disímil naturaleza –privada versus pública– de los derechos de propiedad intelectual frente al derecho a la

²⁵⁴ Número usado para identificar a cada máquina (computadora) conectada a Internet y que sirve de localizador geográfico. En el proceso de intercambio de archivos este número es revelado para que sea posible enviar y recibir los datos. Conocer la dirección IP, no obstante, es insuficiente para saber qué persona está almacenando o transfiriendo los bits, pues para ello se necesita el nombre del titular de la cuenta del servicio de Internet (que además puede no ser en absoluto el responsable de aquellos actos de “reproducción” o “comunicación pública”) y, con miras a entablar una demanda judicial, su domicilio.

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 2.

privacidad,²⁵⁶ que permitiría jerarquizar al segundo sobre los primeros,²⁵⁷ debe admitirse que desde el momento en que la ley tipifica tales actos como delitos, algún grado de intromisión se hace necesario, aunque sea para el solo efecto de identificar a los sujetos infractores, pues lo contrario importaría una verdadera renuncia al *ius puniendi* respecto del bien jurídico en cuestión. A propósito del tratado ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, que fuera negociado y firmado –mas aún no ratificado, con la sola excepción de Japón– por alrededor de una treintena de países, principalmente del mundo desarrollado, con el propósito de combatir la falsificación de bienes tangibles y la piratería de intangibles a nivel doméstico y transfronterizo), CERDA SILVA llama la atención sobre el modo en que la aplicación efectiva de normas sobre propiedad intelectual implica necesariamente poner en riesgo el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, en cuanto se requiere que los ISPs cooperen con los titulares de derechos y con los organismos prosecutors no sólo mediante la entrega de información necesaria para identificar a presuntos infractores individuales, sino también y para posibilitar lo anterior, mediante la recolección, tratamiento y almacenamiento de datos personales de sus clientes, a lo menos durante algún

²⁵⁶ Más adelante (v. *infra*, Cap. 5) someteremos a crítica esta afirmación. Por el momento, no obstante, vale la pena darla por sentada, teniendo a la vista estas palabras que figuran en el preámbulo del ADPIC, nada menos: “*Reconociendo* que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados” (cursivas en el original).

²⁵⁷ CERDA SILVA, 2011, p. 612.

tiempo.²⁵⁸ De todas maneras, el control judicial previo asoma como una exigencia ineludible para lo primero.²⁵⁹

A mayor abundamiento, BYGRAVE²⁶⁰ enuncia tres aristas en que el derecho se ha pronunciado sobre este conflicto entre privacidad y derecho de autor en línea: (i) monitoreo del uso de Internet, (ii) acceso a las identidades de usuarios finales (ya mencionada), y (iii) bloqueo de acceso a servicios de transferencia de archivos supuestamente infractores. Sobre lo primero debe mencionarse la dispensa de toda obligación de monitorear contenido que establece la Directiva sobre Comercio Electrónico del Parlamento Europeo,²⁶¹ una regla que la ley chilena ha optado por seguir.²⁶² Esto ciertamente no equivale a una prohibición de interferir en los contenidos, pero al menos en lo que respecta a nuestro ámbito

²⁵⁸ V. *Ibíd.*, pp. 618-619; pp. 628-629. En el derecho chileno existe un caso en que la ley obliga a los ISPs a mantener el registro de las conexiones realizadas por sus abonados, que abarque a lo menos seis meses, y a ponerlo a disposición del Ministerio Público. V. art. 22 inciso quinto del Código Procesal Penal.

²⁵⁹ V. D.C. Cir., 351 F.3d 1229 (“*RIAA v. Verizon Internet Services*”). La ley de los Estados Unidos parecía permitir que los ISPs revelaran directamente la información asociada a las direcciones IP, pero en este caso una Corte de Apelaciones determinó que no existía tal obligación respecto de material almacenado en los servidores personales de los usuarios, y que por el contrario sólo aplicaba cuando el almacenamiento tenía lugar en servidores del propio ISP. Reafirmó así la pretensión de la empresa Verizon, la cual sostuvo que entregar los datos de sus clientes sin orden judicial previa vulneraba el derecho a la privacidad de aquéllos.

²⁶⁰ *Op. cit.*, p. 65.

²⁶¹ V. la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, art. 15 [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>> [consulta: 24 mayo 2016]

²⁶² Véase el art. 85 P LPI.

doméstico puede afirmarse que sí existe un deber general de no intervención por parte de los prestadores de servicios de Internet, conforme a la ley chilena sobre neutralidad en la red.²⁶³

En cuanto a la identificación de usuarios existe debate sobre si el número IP es o no un dato personal, en consideración a que puede ser enlazado con la información de los registros de un proveedor de acceso a Internet. De acuerdo a BYGRAVE, la posición mayoritaria en doctrina es la afirmativa,²⁶⁴ aunque ello va a depender en gran medida de lo que se considere “dato personal” en cada sistema jurídico, cuestión que en todo caso escapa al foco de nuestra atención.²⁶⁵ Por último, la posibilidad de bloquear el acceso a servicios P2P por razones de derechos de autor es ya una realidad desde el punto de vista técnico y, si bien se vincula con la existencia o no de un deber, dispensa o prohibición de monitoreo del tráfico en red, nada obsta a que pueda llegar a discutirse su legitimidad en un futuro no necesariamente lejano, como lo demuestra un caso reciente en el marco de la Unión Europea.²⁶⁶ Mucho de ello va a depender –allí donde no esté meridianamente claro, a nivel estatutario, si un ISP puede intervenir en el

²⁶³ RUIZ GALLARDO y LARA GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 80. V. la Ley N° 20.453, que consagra el principio de Neutralidad en la red para los Consumidores y usuarios de Internet, del 26 de agosto de 2010 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>> [consulta: 24 mayo 2016]

²⁶⁴ BYGRAVE, *op. cit.*, p. 71.

²⁶⁵ Para el derecho chileno véase la Ley 19.628, sobre Protección de la vida privada, del 28 de agosto de 1999, art. 2 letra f) [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>> [consulta: 24 mayo 2016]

²⁶⁶ V. TJUE., C-360/10 (“SABAM contra Netlog NV”).

contenido de las comunicaciones en línea— de cómo se relacionen entre sí los intereses de las empresas proveedoras de servicios de Internet, en cada caso, con los de los titulares de derechos, así como de cuán costoso resulte para los primeros atender a las demandas, por lo general maximalistas, de los segundos.²⁶⁷ Es de desear que en esto las leyes se ocupen ante todo de resguardar suficientemente la privacidad de los usuarios, persiguiendo siempre y necesariamente el bien común por sobre el interés particular.

2.4.3. Derecho a la educación.

La interfaz entre el derecho de autor y el derecho a la educación está dada, principalmente, por el modo y la medida en que el primero pueda limitar el acceso a recursos útiles desde el punto de vista educacional, y en especial en tanto el respeto al derecho de explotación económica signifique gastos más elevados de lo que las diversas instituciones educativas, y en última instancia el Estado cuando ello correspondiere, puedan razonablemente costear. Visto así, el problema parece reducirse a una cuestión de recursos económicos. Y en nuestra opinión es así pues, atendida la manera en que está construido el derecho humano a la educación en el PIDESC,²⁶⁸ el mismo se satisface con la existencia de un sistema público de

²⁶⁷ La proyección de acuerdos entre conglomerados de titulares de derechos de autor e ISPs y, muy especialmente, la eventual integración económica entre ambos son circunstancias capaces de mitigar la mutua oposición entre sus intereses, de modo que los ISPs podrían dejar de verse incentivados, como se han visto por lo general hasta ahora, a defender los intereses de los usuarios de Internet (v. BYGRAVE, pp. 73-75). Algunos pasos en tales direcciones se han comenzado a dar en los EE.UU.; en Argentina, cuya legislación sobre derecho de autor data de 1933, ha ocurrido otro tanto respecto del acuerdo entre la empresa Taringa! (que enfrentó además recientemente un litigio penal por derechos de autor), administradora de una conocida página web que provee servicios de enlace y búsqueda de contenidos, y un grupo organizaciones autorales de aquel país (BUSANICHE, 2013, p. 44).

²⁶⁸ Véase el art. 13 PIDESC.

educación primaria, secundaria y superior con una mayor o menor cota de gratuidad y en condiciones democráticas de acceso según las características propias de cada nivel de enseñanza. Si, entonces, el monopolio de los derechos de autor acaba provocando que en determinados casos los costos de acceder al material educativo resulten irrazonablemente excesivos –restando definir los criterios para medir ese exceso–, se generará un evidente obstáculo práctico a la gratuidad de la enseñanza. No obstante, creemos que no hay pie normativo suficiente para entender el derecho a la educación como un derecho a la libre circulación del material educativo, o más ampliamente, al libre flujo de la cultura; sin perjuicio de que, en nuestro concepto, sí existe un derecho humano con un contenido tal, pero cuyo examen hemos dejado, por razones más bien estratégico-argumentales, para el capítulo final de este trabajo.²⁶⁹ Cabe mencionar, en todo caso, que el derecho de autor reconoce desde hace largo tiempo la existencia de un cierto interés público²⁷⁰ en facilitar el uso de materiales con derechos de autor para propósitos funcionales al proceso educativo. En base a ello, consideramos que si bien se puede hablar de un tipo de conflicto en los márgenes del derecho de autor y el derecho a la educación, aquél tendrá lugar únicamente en cuanto la protección del derecho patrimonial de autor signifique una carga irrazonable sobre el costo de la educación pública.²⁷¹ Si bien esto es algo que deberá forzosamente evaluarse caso a caso, hay aspectos que de suyo muestran una cara más favorable que otros para efectos de reducir el costo de la educación, como puede ser el

²⁶⁹ V. *infra*, 5.2.

²⁷⁰ V. *infra*, 3.1 y 3.2.3.

²⁷¹ En este sentido BUSANICHE, 2016, pp. 63-64.

otorgamiento de un trato preferente a los Recursos Educativos Abiertos (REA)²⁷² frente al material exclusivamente privativo.²⁷³ Bajo la misma óptica parece justificado que las instituciones de educación pública eviten acuerdos de licenciamiento demasiado gravosos en términos de presupuesto.²⁷⁴

2.5. Conclusiones.

Como necesario complemento al panorama presentado en el Capítulo 1, a lo largo de los párrafos que anteceden se dio una cuenta medianamente detallada acerca de los focos de tensión que es posible identificar a raíz de la expansión normativa del derecho de autor, procurando señalar en cada caso las fuentes del malestar presente, no siempre susceptibles de expresar en términos directamente jurídicos. Asimismo se mostró la forma en que el derecho de autor plantea conflictos en su aplicación desde un punto de vista puramente normativo, esto es, en su relación con otras áreas del derecho. Lo que sigue ahora es ver de qué manera

²⁷² “[E]l término Recursos Educativos Abiertos (REA) fue acuñado en el Foro de 2002 de la UNESCO sobre las Incidencias de los Programas Educativos Informáticos Abiertos (Open Courseware), y designa a materiales de enseñanza, aprendizaje e investigación en cualquier soporte, digital o de otro tipo, que sean de dominio público o que hayan sido publicados con una licencia abierta que permita el acceso gratuito a esos materiales, así como su uso, adaptación y redistribución por otros sin ninguna restricción o con restricciones limitadas” (UNESCO, “Declaración de París de 2012 sobre los REA” [en línea] <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/Events/Spanish_Paris_OER_Declaration.pdf> [consulta: 15 diciembre 2014]).

²⁷³ Al respecto la siguiente publicación del portal web Revistas Abiertas puede ser ilustrativa: v. “Informe demuestra que trabajo con Recursos Educativos Abiertos ahorra un 90% de los costos a estudiantes” [en línea] <<http://www.revistasabiertas.com/2013/08/informe-demuestra-que-trabajo-con-libros-de-texto-abiertos-ahorra-un-90-de-los-costos-a-estudiantes/>> [consulta: 15 diciembre 2014].

²⁷⁴ V. p. ej. HEIDEL, 2010 (cuestionando un acuerdo de licenciamiento semejante entre la Universidad de Buenos Aires, estatal y gratuita, y una organización gestora de derechos reprográficos).

el derecho de autor responde a los problemas que trae consigo la protección franquada por sus normas.

3. DERECHO DE AUTOR E INTERÉS PÚBLICO: LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR

Hemos revisado en qué consiste el derecho de autor, primero normativamente y luego a través de la realidad social en que sus normas se insertan y con la cual interactúan. Culminamos dicha revisión, en el capítulo anterior, con un breve análisis de los aspectos críticos del derecho de autor, que dicen relación con las tensiones que las leyes de propiedad intelectual, en general, suscitan hoy en un mundo cada vez más digitalizado y globalizado. Se ha hecho patente una serie de desafíos que en el pasado no tenían lugar con la intensidad y claridad que hoy atestiguamos. Lo que resta ahora es conocer las soluciones que el propio derecho de autor ofrece para esos problemas, asumiendo que no es completamente agnóstico frente a ellos; veremos que, en efecto, existen normas que se encargan de limitar la exclusividad privada, y su fundamento es la noción de que el derecho de autor debe atender también al interés público. En este capítulo haremos un examen muy general de tales normas, sin entrar en detalles de legislación doméstica puesto que nos interesa más que nada mostrar las configuraciones que dichas normas tienden a adoptar en todas las legislaciones, definiendo un conjunto de diversos límites al derecho de autor.

3.1. El interés del autor/titular o el del público: ¿cuál importa más?

¿Responde el derecho de autor únicamente, o al menos prioritariamente, al interés de los autores (y/o de sus eventuales cesionarios) en controlar la utilización de sus creaciones?

Apelar a los intereses de los autores como la razón de ser de toda ley autoral es, como suele reconocerse, algo más propio de la tradición continental que del *common law*. En efecto, la filosofía subyacente a la primera, esencialmente individualista,²⁷⁵ se ha caracterizado en más de alguna ocasión como una de “derechos naturales”:²⁷⁶ derechos que todo ser humano tiene y puede reclamar debido al solo hecho de su creación, tal como lo declara la ley chilena.²⁷⁷ Ello tiene relación con lo que usualmente se ha inferido a partir de los decretos revolucionarios franceses, a saber, que éstos vinieron a inaugurar un derecho de autor basado en la idea de “propiedad literaria” (luego extendida a otras formas de creación artística y científica). Algo similar puede decirse de la teoría del derecho de autor como derecho de la personalidad, a la cual se reconoce cabida a la hora de explicar los derechos morales.²⁷⁸

Es claro que este tipo de discurso valora al derecho de autor (en su sentido subjetivo) como un título jurídico autosuficiente: ninguna pretensión de exclusividad que se encuentre asociada a él podría perfilarse como algo debatible, del mismo modo en que no se podría discutir la legitimidad de, por ejemplo, los derechos que el Código Civil adscribe al comprador y al vendedor respecto de su

²⁷⁵ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁶ GOLDSTEIN, 2001, p. 9.

²⁷⁷ V. art. 1° LPI.

²⁷⁸ Véase LIPSZYC, *op. cit.*, pp. 24-26. La autora señala a KANT como su principal precursor, y al también alemán GIERKE como su primer elaborador doctrinario.

deudor contractual,²⁷⁹ o al dueño de una cosa corporal respecto de la comunidad toda.²⁸⁰ El derecho de autor se comportaría, de acuerdo a esta idea, tal como DWORKIN esperaba de un derecho que se preciare de serlo, esto es, como una “carta de triunfo” (*trump*) frente a cualquier otro tipo de consideraciones morales o políticas.²⁸¹ Este rasgo esencial es lo que explica que al momento de otorgar tutela efectiva a alguno de estos derechos, ningún juez se vea compelido a interrogarse por los efectos que dicho otorgamiento tendría sobre, digamos, el bienestar general, o la justa distribución de la riqueza, o la igualdad de oportunidades, o cualquier otro cometido de índole colectiva; y es que si así lo hicieran, la propia idea de tener un derecho a algo dejaría de tener el sentido que ordinariamente le damos. Pues bien, el lenguaje de los derechos, como ya hemos notado,²⁸² es mucho más familiar a la tradición jurídica del *droit d’auteur* que a la tradición del copyright. Nos parece intuitivamente cierto que el derecho de autor se trata acerca de los derechos de los autores, y que con respecto a ellos cualquier otra pretensión o aspiración es de orden secundario. De allí que tantos intérpretes de nuestro medio regional se vean movidos a juzgar cualquier déficit de protección como un déficit de derecho, es decir, como injusticia y necesidad de tutela legal. Y de allí la tan extendida doctrina del contenido ilimitado,²⁸³ y su corolario, la

²⁷⁹ El ejemplo se refiere, por supuesto, a aquellos que son esenciales (art. 1444 CC) al contrato de compraventa: los de exigir, por una parte, la entrega o tradición de la cosa, y por la otra el pago de su precio en dinero.

²⁸⁰ Art. 582 CC.

²⁸¹ V. en general DWORKIN, 1984; *id.*, 1989, Cap. 4: “Los casos difíciles”.

²⁸² V. *supra*, 1.1.2. V. t. *infra*, 4.1.

²⁸³ V. *supra*, 1.1.3.

absoluta excepcionalidad de toda limitación al control exclusivo del titular de los derechos.²⁸⁴

Pero en el fondo de todo esto hay cuestiones de importancia que deberíamos reconsiderar. Ejemplar resulta a estos efectos la posición de DESBOIS, quien sostuvo a mediados del siglo XIX que el sistema francés de la propiedad intelectual diferenciaba tajantemente al derecho de autor de la propiedad industrial por cuanto aquél no estaba vinculado a objetivos de carácter social, como sí era el caso de, p. ej., el derecho de patentes. Al contrario, la “*propriété littéraire et artistique*” sería estrictamente una expresión del “respeto que es debido a las obras de la mente y a sus creadores”.²⁸⁵ Esta posición nunca fue unánime. De hecho, tal personalismo –llamémoslo así– nunca vino a representar un cierto consenso jurídico sino hasta la dictación de la Ley francesa de derecho de autor de 1957, cuya gran novedad fue consagrar una declaración explícita de que los derechos de los autores existen independientemente de su reconocimiento legal,²⁸⁶ y que entre otros aspectos incorporó por vez primera la protección de los derechos morales con carácter perpetuo e inalienable y estableció como regla un plazo de protección del derecho patrimonial de 50 años *post mortem* para todo tipo de obras.²⁸⁷ Se

²⁸⁴ V. LIPSZYC, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; ANTEQUERA PARILLI, 2007, pp. 173 y ss.

²⁸⁵ Citado en DAVIES, *op. cit.*, p. 124.

²⁸⁶ Puede debatirse sobre la validez jurídica de un enunciado legal como aquél. En rigor ¿no se requeriría un salto de jerarquía normativa para admitir la existencia de derechos por sobre la ley misma?

²⁸⁷ A excepción de las musicales, cuyos titulares fueron beneficiados con veinte años más de exclusividad que el resto.

trató, en general, de una suerte de codificación de la doctrina elaborada por los tribunales franceses hasta aquel entonces, cuya nota más destacada fue haber otorgado decididamente la primacía a los derechos morales.²⁸⁸ Sin embargo, autores de renombre han hecho hincapié en que este viraje legal-doctrinario, producido un siglo y medio con posterioridad a los decretos revolucionarios, no se desprende de los textos de 1791-1793.²⁸⁹ La clásica diferenciación entre el *copyright* y el *droit d'auteur* pasa por alto que ambas regulaciones tuvieron originalmente en cuenta, antes que nada, objetivos de carácter más general: (1º) combatir la (genuina) piratería de libros, (2º) incentivar la labor de los hombres de letras e incluso, de forma bastante explícita (en particular en el citado reporte de Le Chapelier sobre el decreto de 1791),²⁹⁰ (3º) fortalecer el dominio público. No es un dato menor que la necesidad de protección a los derechos de los autores en Francia fuese argumentada poniendo como ejemplo el sistema entonces vigente en Inglaterra.²⁹¹

No deberíamos, entonces, asumir que nuestro derecho de autor sea pura y absolutamente individualista; también hay entre nosotros lugar para aspiraciones

²⁸⁸ DAVIES, *op. cit.*, p. 115.

²⁸⁹ El autor recién citado, adicionalmente a su propio comentario de las fuentes documentales (v. *ibíd.*, pp. 98-102) cita como autoridades los estudios de André KEREVER y Jane GINSBURG. Véase especialmente GINSBURG, 1991.

²⁹⁰ Recuérdese el hincapié de Le Chapelier en cuanto a que el autor comparte, o más bien le “transmite íntegramente” su propiedad literaria al público (BÉCOURT, *op. cit.*, p. 6).

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 100.

comunes. Las etiquetas de “acceso a la cultura (o al conocimiento, indistintamente)”,²⁹² “interés público” o “equilibrio” (*balance*) suelen ser empleadas por la doctrina para rescatar una faceta del derecho de autor en donde ya no son los autores, sino el público lo que constituye el eje central de sus normas. Todos esos términos se refieren a áreas más o menos extensas de la normativa autoral en las que el control está ausente o admite grados variables de flexibilidad. Quizá la formulación más sencilla y corriente del principio que subyace a esta faceta es la de un equilibrio regulatorio al que las leyes de propiedad intelectual debieran aspirar: uno que logre conciliar del modo más virtuoso posible los intereses personales y patrimoniales de los autores y titulares subsecuentes de sus derechos creativos, por un lado, y el interés de la colectividad por facilitar el acceso a una gran cantidad de obras para así fortalecer la difusión del conocimiento y las artes, por el otro.²⁹³

El sistema de derecho de autor tal como se ha desarrollado a lo largo de casi trescientos años, ha creado, en el interés público, un equilibrio entre los derechos de los autores, por un lado, y el interés del público en acceder a las obras protegidas, por el otro. (...) Así, se reconoce que los sistemas de derecho de autor tienen un propósito bifronte: asegurar derechos de

²⁹² V. JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 19-22; SILBEY, 2010, pp. 203-206; SHAVER, *op. cit.*, p. 125, 169-174.

²⁹³ Otros autores, como p. ej., LIPSZYC (*op. cit.*, p. 219), SIRINELLI (*op. cit.*, p. 10) y RUIZ GALLARDO (*op. cit.*, p. 33), hablan de una tríada de intereses atribuidos o atribuibles a: (1) los autores o creadores en general, (2) los empresarios que explotan comercialmente obras del intelecto (que revisten la calidad de titulares derivados), y (3) el público en general, entendiéndose por tal el conjunto de los usuarios y consumidores de obras (incluyendo a instituciones culturales como bibliotecas y museos, entre otras). El punto no deja de ser relevante, porque recupera una preocupación primigenia del derecho de autor: la contingencia de que los autores sean, a su turno, explotados por quienes explotan comercialmente sus creaciones.

explotación a quienes toman parte en la producción literaria y artística y responder al interés público general en la más amplia disponibilidad posible de material con derechos de autor.²⁹⁴

BOYLE va un poco más lejos al indicarnos que “la antigua estrategia de la propiedad intelectual era... tejer una delgada capa de derechos de propiedad intelectual alrededor de un fondo común (*commons*)²⁹⁵ de material en el cual los futuros creadores podrían apoyarse”.²⁹⁶ Se trata, valga la insistencia, de una preocupación presente a lo largo de toda la historia del derecho de autor, y del anglosajón tanto así como del continental.²⁹⁷

En el ámbito local SCHMITZ VACCARO²⁹⁸ representa dicha situación, similarmente, como un conflicto de intereses cuya solución demanda un equilibrio

²⁹⁴ DAVIES, *op. cit.*, pp. 4-5. Traducción propia.

²⁹⁵ Advertimos al lector que el término inglés *commons* es de difícil y controvertida traducción al castellano. Nos tomamos la licencia de traducirlo así sólo para no romper la continuidad del texto.

²⁹⁶ BOYLE, *op. cit.*, p. 51. Traducción propia.

²⁹⁷ La propia evolución de la legislación francesa, de cuño personalista, da testimonio fehaciente de ello. V. sobre todo DAVIES, *op. cit.*, pp. 108-113. V. t. BÉCOURT, *op. cit.*, pp. 5-6 (“La Revolución Francesa preconizaba [que] el goce de la libertad y la propiedad formaban parte de los derechos naturales, pero su ejercicio estaba sujeto a una función social”). GERVAIS (2008b, pp. 1, 5) puntualiza otro hito revelador: el célebre escritor romántico Victor Hugo, primer presidente de la *Association littéraire internationale* (predecesora de la actual ALAI), la antesala histórica del Convenio de Berna (1886), pronunció un discurso ante el *Congrès littéraire international* de 1878 en el cual destaca que “el interés público es nuestra única preocupación” (*l'intérêt public est notre préoccupation unique*) y que los derechos de los autores deberían menguar ante un eventual caso de conflicto con las necesidades representadas por aquél. BOYLE nos recuerda, además, la disputa dieciochesca entre Diderot y Condorcet sobre la propiedad literaria, de la que éste último desconfiaba abiertamente por parecerle una cortapisa a la natural libertad del hombre y un obstáculo a la Ilustración (v. BOYLE, *op. cit.*, pp. 30-35).

²⁹⁸ SCHMITZ VACCARO, *op. cit.*, pp. 355-356.

legal:²⁹⁹ aquellos del titular, representados en los derechos subjetivos de propiedad intelectual, se hallan contrapuestos a los de la sociedad como conjunto, representados en la idea general de dominio público. Advierte que se trata de un conflicto semejante al que se da entre el derecho de propiedad y los intereses de la sociedad, cuestión a la que el constitucionalismo ha respondido con la conocida fórmula de la función social de la propiedad³⁰⁰ y que las leyes traducen por lo general en una serie de limitaciones al derecho de dominio, el que por tal causa pierde su carácter absoluto; ello va de la mano con la tradicional doctrina iusprivatista de las limitaciones al dominio, bajo la cual se comprenden, por ejemplo, los diversos derechos reales limitados –como las servidumbres naturales y legales–, y asimismo ciertas normas prohibitivas de orden público que limitan la autonomía de la voluntad cuando ésta entra en conflicto con la libre circulación de los bienes (p. ej. en materia de usufructos y fideicomisos).³⁰¹ Misma lógica, por ende, aplicaría a la propiedad intelectual y al derecho de autor: también poseen una función social, de lo cual se sigue que el legislador puede sujetar su ejercicio a ciertas “limitaciones y obligaciones”, como lo establece la Constitución. A propósito de esto, debe recordarse que la disposición relativa a la función social de la propiedad se aplica al derecho de autor y a la propiedad industrial por expresa

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 361.

³⁰⁰ V. art. 19 N° 24 inciso segundo CPR.

³⁰¹ V. arts. 745 y 769 CC.

remisión del art. 19 N° 25 CPR,³⁰² lo que significa, en nuestra opinión, una efectiva asimilación conceptual y no una mera analogía literaria. Sentado entonces que el derecho de autor tiene una función social, reconocida constitucionalmente, lo que resta es llenarla de contenido; empresa que, por su sustrato ideológico³⁰³ –nosotros preferimos decir político– puede resultar tanto o más difícil en esta sede que a propósito del derecho de propiedad, pero que es, de todos modos, tarea ineludible para quien desee interpretar, y dada la ocasión aplicar correctamente las disposiciones de la LPI.

Digamos que, al menos como intención declarada, aquel objetivo del equilibrio puede aún percibirse textualmente en el derecho de autor internacional, no obstante el fuerte proteccionismo³⁰⁴ que siguió al auge de las TICs y al afianzamiento del mercado global post Guerra Fría, pues así lo evidencian tanto el TODA³⁰⁵ como el Acuerdo ADPIC.³⁰⁶ Por su parte y en el mismo espíritu, al recién iniciar su vigencia el Convenio de Berna tuvo un contenido minimalista más bien

³⁰² Art. 19 N° 25 inciso cuarto CPR: “Será aplicable a la protección de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos *segundo*, *tercero*, *cuarto* y *quinto* del número anterior” (énfasis añadido).

³⁰³ En este sentido SCHMITZ VACCARO, *op. cit.*, pp. 357-361.

³⁰⁴ Al contrario de lo que ocurre en la economía de lo tangible, tiene pleno sentido hablar de “proteccionismo” en sede de propiedad intelectual para hacer referencia al fortalecimiento de estos derechos de “propiedad” por parte del Estado, más que a su debilitamiento normativo.

³⁰⁵ V. el preámbulo de dicho tratado.

³⁰⁶ V. art. 7 ADPIC.

que proteccionista:³⁰⁷ persiguió tan sólo asegurar el trato igualitario y no discriminatorio a los autores nacionales de todos los países de la “Unión”, consagrando nada más que un único derecho exclusivo de traducción,³⁰⁸ lo que por cierto da alguna señal sobre su propósito como tratado, más allá de la progresiva ampliación de la protección que ha significado su evolución normativa.

En el derecho chileno, en tanto, existe un texto normativo que apunta en aquella dirección, y que pese a que ha pasado desapercibido en el medio local, reviste la mayor importancia: la primera parte del artículo 19 N° 25 inciso primero de nuestra Constitución Política, consagra como garantía fundamental, antes que el derecho de autor, “la libertad de crear y *difundir* las artes” (énfasis añadido). Es decir, nuestra Constitución garantiza que todas las personas, autores y no autores, son libres para difundir los resultados de toda labor artística (aunque restaría interpretar el significado de la frase “las artes”, dado que el texto parece olvidarse de las obras de carácter epistémico). Y además encontramos una declaración explícita a nivel legal, contenida en el mensaje presidencial del proyecto de ley que acabaría siendo la última gran reforma a la LPI hasta la fecha,³⁰⁹ en donde se manifiesta claramente que la intención y espíritu³¹⁰ de dicha ley no es sólo la protección del derecho de autor:

³⁰⁷ GERVAIS, 2008b, p. 6.

³⁰⁸ Ello pese a que el derecho de reproducción se consideraba implícito en el tratado antes de su incorporación expresa. De todas maneras, esto difícilmente hubiese dado pie para postular un derecho amplísimo tal como el que figura en el actual art. 9° CB.

³⁰⁹ Ley N° 20.435, que Modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, del 4 de mayo de 2010.

³¹⁰ V. art. 19 inciso segundo CC.

[L]a regulación de estos derechos debe siempre realizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, se deben otorgar las condiciones que estimulen la actividad creativa y generadora de conocimiento, garantizando el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales resultantes de éstas; y, por otro lado, la necesidad de asegurar el acceso de la población a estas creaciones artísticas-culturales y productos del conocimiento.³¹¹

Con todo, nosotros preferiremos aquí hablar más bien de interés público, con lo cual, si bien no ganamos mucho más en cuanto a precisión conceptual, al menos logramos apuntar en la dirección exacta del problema: el fomento de la creatividad, el acceso libre a la cultura y al conocimiento, la democracia semiótica, la salvaguarda y promoción de la libertad de expresión, del derecho a la privacidad y del derecho a la educación, son –entre otras– preocupaciones que van más allá de lo particular, puesto que se refieren al bien común, de modo tal que su satisfacción requiere del compromiso conjunto de todos los miembros de la sociedad.³¹²

Pero lo que resta dilucidar es: ¿reconoce el derecho de autor esta clase de fines públicos? ¿Les otorga alguna cabida entre sus normas? ¿Qué tanta importancia pueden tener en comparación con los fines privados de autores y

³¹¹ CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2010, p. 6.

³¹² Un lector atento podría preguntarse si estamos dejando fuera del interés público el mero acceso individual, que por definición le interesa a un solo individuo. Pero aquí no se trata del acceso en sí como acto, sino de las condiciones generales en las que el mismo debería tener lugar; es decir, de que dicho acceso sea libre.

derechohabientes, efectivamente amparados por una pesada reglamentación legal? Para ello, en lo sucesivo trabajaremos sobre la premisa general sentada por DAVIES, quien, en un meticuloso estudio, sentó y corroboró la tesis que el derecho de autor descansa íntegramente sobre la idea de interés público.³¹³ Sólo un enfoque así nos puede ayudar a comprender por qué el control propietario no es el único interés digno de consideración en esta materia, y si acaso puede ser superado en importancia por otros.

3.2. Los límites del derecho de autor.

Que la propiedad intelectual deba ser algo estrictamente limitado no es nada extraño históricamente hablando. Existe toda una tradición de minimalismo escéptico, en palabras de BOYLE,³¹⁴ cuyos exponentes más inmediatamente reconocibles son Thomas Jefferson y Lord Thomas Macaulay, en EE.UU. y el Reino Unido respectivamente, pero también Nicolás de Condorcet en Francia. Un relato que se preocupa de destacar (1) la naturaleza esencialmente diferente de las creaciones intelectuales respecto de los bienes tangibles, donde el carácter —en términos de la moderna teoría económica— no-excluyente y no-rival de las primeras las vuelve ineptas para la apropiación privada; (2) el origen legal y la índole artificial del derecho de autor y la propiedad industrial, como monopolios creados por la autoridad y justificados en cuanto tales por estrictas razones de conveniencia social; (3) el carácter precisamente monopólico de la propiedad intelectual, visto el monopolio como un mal social por cuanto, en palabras de Lord

³¹³ V. *infra*, nota al pie no. 388.

³¹⁴ BOYLE, *op. cit.*, p. 35.

Macaulay, hace a los artículos escasos, caros y malos,³¹⁵ y más allá de lo económico, da a los individuos un poder desmedido de limitar la libertad expresiva de otros para perjuicio de la sociedad y de la cultura en general.³¹⁶

En su ya mencionada tesis, DAVIES discute los “aspectos económicos y sociales del derecho de autor” como aquello en torno a lo cual gira la relación entre el *copyright* y el interés público. Al hacerlo propone seis “principios” o ideales³¹⁷ del derecho de autor a los que debería atender toda legislación sobre la materia, originalmente elaborados por el profesor Zechariah CHAFEE en 1945, en un artículo denominado “*Reflexions on the law of copyright*”.³¹⁸ Los tres primeros son “afirmativos”:

- 1) Cobertura completa: toda nueva expresión (agregamos: original) de líneas, colores, sonidos o palabras debería quedar protegida por la ley.
- 2) Monopolio único: el autor debería poder controlar todos los canales a través de los cuales su trabajo llegue al mercado.
- 3) Protección internacional: la ley debería favorecer el flujo internacional de las ideas y expresiones creativas sin importar el país de su origen.

Los tres siguientes son, en cambio, “negativos”:

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 22.

³¹⁶ Véase en general BOYLE, *op. cit.*, Cap. 2: “Thomas Jefferson writes a letter”, pp. 17-41.

³¹⁷ En su lugar nosotros diríamos “directrices” u “objetivos”; v. *infra*, 4.1.

³¹⁸ Cit. en DAVIES, *op. cit.*, p. 194 (nota no. 4).

- 4) Adecuación racional (la denominación es nuestra): la protección debe ceñirse estrictamente a sus propósitos, de manera que las cargas sociales de otorgar un monopolio sobre productos de la mente no sobrepasen a los beneficios que justifican mantenerlo. Este ideal es considerado el más importante de los seis.
- 5) Libertad creativa (denominación nuestra): la protección por derechos de autor no debe estorbar la creación independiente de otros, de manera que un nuevo autor en potencia pueda, aunque no aprovechar comercialmente la obra de otro, sí gozar de suficiente libertad para usarla.
- 6) Claridad suficiente (ídem anteriores): las reglas legales del derecho de autor no deben ser excesivamente complicadas, sino por el contrario, deben proporcionar certeza a los actores culturales y no incentivar la litigación.³¹⁹

Nos parece que esta formulación clásica logra captar gran parte del *ethos* del derecho de autor –cuando no su virtual totalidad– tal como lo hemos estudiado y discutido hasta aquí. El conflicto entre metas o *trade-off* propio de esta regulación queda bien delineado, y se ve claramente cómo los primeros objetivos, pese a ser instrumentalmente deseables, representan por sí mismos un peligro para las libertades y beneficios del público y de otros autores. Pero lo cierto es que ha transcurrido mucho tiempo desde que fueran planteados. Cabe entonces dudar si aquellos ideales del derecho de autor tienen o pueden siquiera tener suficiente resonancia en nuestro escenario actual.

³¹⁹ *Ibíd.*, pp. 178-179.

En el primer capítulo de este trabajo nos referimos a la fisonomía actual del derecho de autor como una regulación propia del comercio internacional, algo bastante notorio desde la firma y entrada en vigencia del Acuerdo ADPIC al interior de la OMC. Para los chilenos esto es aún más evidente luego de la suscripción del TLC con Estados Unidos. Al respecto Michael BIRNHACK llama a este régimen post-ADPIC y post-TODA, “*Global Copyright*”. En un tono tan realista como escéptico, expresa: “El nuevo régimen de derecho de autor ya no es más un derecho del público y para el público, sino en lugar de eso, un derecho de negocios, para hombres de negocios e inversionistas”.³²⁰ Su argumento es que el *Global Copyright* carece de teoría filosófica alguna que lo explique o fundamente y que la protección de los derechos de autor se ha transformado única y exclusivamente en un instrumento de mercado, influido por las dinámicas de desigualdad que operan a la sombra de la globalización. Pero si esas son las condiciones, referirnos a la potestad de definir los parámetros del equilibrio entre intereses sociales e individuales mediante los elementos regulatorios que en cada territorio y nación se estimaren convenientes —plazos de protección más o menos extensos, mayores o menores formalidades, menos o más categorías de obras en el catálogo de expresiones protegidas, la cantidad, naturaleza y contenido de las excepciones y limitaciones admitidas, entre otras cosas—,³²¹ hablar de todo ello,

³²⁰ BIRNHACK, 2006, p. 492. Traducción propia.

³²¹ Así lo plantea DAVIES, *op. cit.*, p. 174: “Algunos Estados, al enfocar el equilibrio entre los titulares de derechos de autor y el interés público, se inclinan a favor de los primeros, otros a favor del último. (...) El potencial del derecho de autor como un instrumento de política en manos del Estado aún sigue siendo reconocido por muchos gobiernos. La identidad cultural de un país puede ser favorecida o dañada por las decisiones del gobierno relativas a las categorías de creadores y obras protegidas, las limitaciones a la protección permitidas, etc.” (traducción propia). Pues bien, no es demasiado difícil prever, bajo las condiciones históricas ya examinadas en 1.2 *supra*, cuántos estados serían hoy capaces de reducir sustantivamente el alcance de los derechos de explotación y/o aumentar el radio de las excepciones con el fin de incentivar la creación cultural de sus nacionales, sabiendo las consecuencias que eso acarrearía en materia de represalias y sanciones comerciales.

decimos, tal vez no sea más que retórica de la facultad de derecho cuando se le confronta con la fuerte y creciente convergencia internacional a que se ve sometido realmente el derecho de autor en todos sus componentes legales,³²² y con el hecho de que su función ha pasado a consistir más en asegurar un rendimiento comercial a las cuantiosas inversiones de la industria cultural transnacional que en jugar un rol importante en la promoción de la cultura y el saber. ¿Qué tanto margen puede haber para virtuosismos legislativos en la arena del comercio internacional, donde lo que más importa es garantizar niveles óptimos de seguridad y estabilidad para hacer negocios e igualdad de trato para los inversores?

De cualquier modo, el derecho de autor en su ineludible función regulatoria intenta asegurar una compatibilidad aunque sea mínima con el interés público en el acceso universal a la cultura, y ello es lo que mayormente explica la existencia de límites legales a la protección. ¿Cuáles son dichos límites? DAVIES³²³ nombra únicamente a la duración de la protección y a las limitaciones y excepciones al derecho de autor como las maneras en que la ley limita el alcance de la protección. En el medio estadounidense nos encontramos con juristas como STIM que hablan de los “derechos del público” (*rights of the public*): la doctrina del agotamiento

³²² BIRNHACK, p. 506. Esa estandarización no puede predicarse de igual modo, por cierto, respecto de las limitaciones y excepciones a la protección, cuestión que tradicionalmente no ha interesado resolver, al menos con carácter vinculante, al *lobby* de la propiedad intelectual. Hace excepción a lo anterior el reciente Tratado de Marrakech ([en línea] <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/marrakesh/>> [consulta: 25 mayo 2016]), suscrito en 2013 en el marco de la OMPI, que establece un conjunto de excepciones y limitaciones con carácter obligatorio para los Estados signatarios, orientadas a facilitar el acceso a obras protegidas para personas con discapacidad visual u otras dificultades para acceder al texto impreso.

³²³ Op. cit., Cap. 10: “Limitations on Copyright”.

del derecho y el *fair use*.³²⁴ También hay preocupación por los criterios que intervienen en la determinación de lo que es o no es protegible por el *copyright*: (i) la diferencia entre idea y expresión; (ii) creaciones intelectuales legalmente excluidas de la protección (objetos útiles, invenciones, frases cortas); (iii) el dominio público; y (iv) la distinción entre obras expiradas, renunciadas y dedicadas (al dominio público).³²⁵

Por su parte Lucie GUIBAULT, de la Universidad de Amsterdam, considera al plazo de duración, el requisito de originalidad, la dicotomía idea/expresión y la doctrina del agotamiento o primera venta como “límites inherentes” a todo régimen de derecho de autor.³²⁶

En la doctrina tanto regional como local, en cambio, hay ausencia de un tratamiento sistemático y global de lo que podría entenderse en general como límites o limitaciones al derecho de autor, en paralelo con las limitaciones al dominio sobre bienes materiales, y que correspondería en parte a lo que SCHMITZ VACCARO llama dominio público en una acepción amplia.³²⁷ El mismo autor alude a las “herramientas para fijar la extensión apropiada del dominio público”:

³²⁴ STIM, 2000, p. 46. V. t. DRASSINOWER, 2008b, para una defensa argumentada de los “derechos de los usuarios” como contracara de los derechos del autor.

³²⁵ *Ibíd.*, p. 34.

³²⁶ GUIBAULT, 2002, p. 15.

³²⁷ Véase el art. 11 LPI (nuestra ley innova empleando la expresión “patrimonio cultural común”).

exclusiones, excepciones, limitaciones y plazos.³²⁸ Por su parte RUIZ GALLARDO³²⁹ en su esbozo de construcción de una dogmática para el acceso se refiere a las limitaciones y excepciones, por un lado, y al dominio público o patrimonio cultural común, por el otro. El único tratamiento general y acabado que puede encontrarse en la doctrina chilena nos lo da don Claudio SALDAÑA RÍOS, cuya memoria de prueba del año 1963 se titula “Las limitaciones al derecho de autor”. En ella señala que se pueden identificar tres clases de restricciones al derecho de autor “destinadas a conciliar el interés individual del creador intelectual con el legítimo interés de la sociedad en cuyo seno actúa”: “a) Exigencia de requisitos formales para beneficiarse con la protección legal; b) Protección del interés cultural de la sociedad, y c) Salvaguardia de la moralidad pública”. Añade que en virtud de la primera directriz se restringe tanto el derecho patrimonial como el moral, mientras que la segunda se refiere únicamente, y la tercera preferentemente, al derecho patrimonial.³³⁰ Acotemos que la “moralidad pública” tiene en realidad poco y nada que ver con el derecho de autor aunque sí puede vincularse con el derecho fundamental a la libertad de expresión y su desarrollo legal, sin perjuicio de que toda restricción debería sujetarse a los estrictos estándares mínimos internacionales.³³¹

³²⁸ SCHMITZ VACCARO, *op. cit.*, p. 365.

³²⁹ *Op. cit.*

³³⁰ SALDAÑA RÍOS, 1963, p. 20.

³³¹ Véase el art. 19 PIDCP.

En cuanto a las formalidades, ellas eran típicamente usuales en las legislaciones del *common law* pero se contradicen con la tradición personalista de los sistemas continentales, que reconoce como hecho generador del derecho subjetivo de autor a la sola creación de la obra intelectual. No obstante ello la legislación chilena anterior a la actual sí contemplaba una inscripción registral como formalidad por la cual se “constituía” el derecho.³³² Como ya se dijo, la convergencia internacional actual del derecho de autor ha ido borrando velozmente todo vestigio de formalismo en esta sede y ya no se puede seguir sosteniendo que esta circunstancia, sin correlato práctico, sea una verdadera restricción legal al derecho de autor. Cosa distinta es que su interés doctrinario continúe estando presente como una aspiración *de lege ferenda*, en vista de la conveniencia o racionalidad que significaría contar con algún tipo de formalidad exigida, si no para la constitución, al menos para la renovación de la protección.³³³ En términos claros, exigir un trámite de renovación luego de transcurrido un cierto número de años podría garantizar que sólo los titulares realmente interesados en contar con el amparo legal e institucional de su derecho manifestaran su voluntad positivamente en tal sentido,³³⁴ favoreciéndose así la libertad de utilización de obras cuya protección no es renovada, las que se elevarían al dominio público permitiendo así a los creadores prescindir del esfuerzo, a veces arduo, de

³³² Véase el art. 1º del DL N° 345 de 1925. Esta fue la segunda ley sobre derecho de autor que rigió en Chile. Nuestra primera “Ley sobre Propiedad Literaria”, en tanto, requería para los mismos efectos el depósito de tres ejemplares de la obra en la Biblioteca de Santiago y expresando en el frontispicio el nombre del autor (MIROSEVIC, *op. cit.*, p. 66.).

³³³ V. p. ej. LESSIG, 2005, pp. 231-234.

³³⁴ *Ibíd.*, pp. 114; 232.

determinar y encontrar a cada titular para obtener la respectiva autorización. Precisamente este último inconveniente, que se acentúa a propósito de las llamadas “obras huérfanas”, podía ser atajado gracias a la existencia de una inscripción registral obligatoria.

Lo realmente interesante y sustantivo tiene lugar en lo que SALDAÑA RÍOS denomina la protección del interés o, alternativamente, del acervo o legado cultural de la sociedad. Este planteamiento inicial coincide, dígame de paso, con lo manifestado por nosotros en la sección anterior. Nos habla el autor de tres situaciones aptas para arbitrar tal objetivo por la vía legislativa: (i) el ámbito temporal del derecho de autor –que asocia con el dominio público–; (ii) “ciertos casos en que es dable al autor reproducir o utilizar en forma parcial obras intelectuales de otros autores, para sus propias creaciones, bajo ciertas medidas y ciertas condiciones” –que engloba en el derecho de cita–; y (iii) la expropiación por motivo de utilidad pública –a la que reconoce en todo caso una nula importancia práctica–.³³⁵ Sobre el primero, o más bien sobre el dominio público que entiende sobrevenir únicamente al término del plazo de protección, digamos en primer lugar que lo concibe como una necesaria expresión del interés general de la sociedad, consistente en un régimen de aprovechamiento común y no de dominio estatal, diferente por tanto de lo que se entiende por dominio público en el derecho administrativo.³³⁶ Explica las características de libertad y gratuidad de tal aprovechamiento común por dos razones: evitar su secuestro por los familiares (debería decir herederos) del autor, por un lado, y reducir los precios de las

³³⁵ SALDAÑA RÍOS, *op. cit.*, p. 25.

³³⁶ *Ibíd.*, p. 35.

ediciones, por el otro. En general con el dominio público libre y gratuito se tiende a “hacer del público el verdadero heredero del autor”.³³⁷

Con respecto a lo segundo, si bien sorprende en parte su énfasis restrictivo en el derecho de cita³³⁸ habida cuenta de lo previsto en las disposiciones entonces vigentes del Convenio de Berna,³³⁹ el memorista en comentario dedica atención a las tendencias del derecho comparado de aquellos años, entre las que pueden destacarse especialmente la libre circulación de informaciones y novedades, el *fair use*, la representación y ejecución con fines no lucrativos y de uso privado, el uso personal y el de obras situadas en lugar público, además de las licencias legales de utilización en virtud de motivos diversos como edición gráfica, abandono de la obra, adaptación a instrumentos mecánicos y radiodifusión.³⁴⁰

³³⁷ *Ibíd.*, p. 34. En seguida dedica unos párrafos al llamado “dominio público pagante”, institución absolutamente marginal a nivel comparado, que consiste en un gravamen pecuniario a la utilización de una obra cuyo plazo de protección ha expirado, destinado ya a las sociedades de autores, “que emplean esos fondos con fines culturales o para ayudar a los autores necesitados o a sus familias”, ya al propio Estado.

³³⁸ Debe tenerse en cuenta que esa era única real excepción contemplada en el DL 345 (véase su art. 11), la ley entonces vigente en Chile sobre derecho de autor.

³³⁹ Véase GERVAIS, 2008b, p. 8 para un cuadro sinóptico de las modificaciones al Convenio de Berna en relación con los derechos exclusivos y las excepciones a los mismos, desde 1896 hasta 1971.

³⁴⁰ SALDAÑA RÍOS, *op. cit.*, pp. 108-113. No sobra advertir que dada la antigüedad de la memoria bajo examen, es más que presumible que las legislaciones citadas por su autor como ejemplo de las antedichas tendencias hayan sido ya todas modificadas.

Por nuestra parte podemos complementar afirmando que, en suma, es posible agotar el espectro legal de los límites³⁴¹ al derecho de autor identificando los siguientes tres tipos:

- El dominio público,
- El agotamiento del derecho por primera venta, y
- Las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Sucintamente, pasaremos a referirnos a cada uno de ellos.

3.2.1. El dominio público o patrimonio cultural común.

Se trata de un concepto poco claro y que ha sido objeto de creciente discusión doctrinaria.³⁴² Un sector importante de la doctrina postula adscribir al término un sentido amplio, que abarque todo el espectro de la cultura que la ley haya sustraído más o menos de la exclusividad propietaria, equivalente por lo tanto a la totalidad de lo que hemos identificado como límites del derecho de autor. No obstante aún predomina en nuestro contexto jurídico un sentido algo más acotado. Entre nosotros, por ejemplo, GALLEGOS ha ensayado recientemente (siguiendo

³⁴¹ Preferimos este término al de “limitaciones”, por ser una voz reservada para una especie determinada de cláusulas legales limitadoras del alcance de la protección, según se verá a continuación.

³⁴² Para algunas discusiones interesantes sobre el dominio público desde la perspectiva estadounidense, véase en general BOYLE, *op. cit.*; también COHEN, 2006. Para una revisión detallada de su contenido legal aplicada al derecho australiano, véase en general GREENLEAF y BOND, 2013.

a DUSOLLIER) una disección del dominio público en cuatro niveles:³⁴³ (a) ontológico, (b) por decisión de política pública, (c) por plazo y (d) voluntario. El nivel ontológico corresponde a la tan clásica como difusa distinción entre ideas y expresiones, sobre la que ya vertimos algunas consideraciones al pasar. El dominio público “por decisión de política pública” atañe a lo que otros autores denominan “exclusiones”³⁴⁴ de ciertas obras del régimen de utilización privativa, entre las cuales se cuentan las noticias e informaciones del día conforme al Convenio de Berna,³⁴⁵ entre otras hipótesis establecidas en nuestra LPI³⁴⁶ tales como las obras de autor desconocido, el acervo folklórico y las obras de autor no domiciliado en Chile que a su vez fuera nacional de un país no integrante del Convenio de Berna.³⁴⁷ Los otros dos niveles comprenden respectivamente las obras cuyo plazo de protección ha expirado y las obras sobre las que ha mediado una renuncia del titular a sus facultades patrimoniales.

3.2.2. El agotamiento del derecho por primera venta.

³⁴³ Véase GALLEGOS, 2014, pp. 64 y ss. (Cap. 5, “El dominio público en cuatro niveles”).

³⁴⁴ P. ej. CASAS VALLÉS, 2007, p. 48.

³⁴⁵ Véase el art. 2.8. CB.

³⁴⁶ Art. 11 LPI.

³⁴⁷ GALLEGOS menciona asimismo la titularidad del Estado en el caso del art. 88 LPI, pero pensamos el dominio público en materia intelectual resulta mejor comprendido como una titularidad común y no una propiedad estatal, por lo que la asociación no parece correcta.

Nos referimos a él de modo somerísimo en el primer Capítulo.³⁴⁸ Por desgracia es un asunto que escapa al foco la presente indagación, así es que sólo cumpliremos con indicar su lugar en el esquema de los límites a la protección. Cabe apuntar, en todo caso, que bien podría definirse el agotamiento por primera venta como una particular excepción al derecho de autor, pero atendido que el legislador lo trata en su párrafo relativo al derecho patrimonial y no a propósito de las limitaciones y excepciones, resulta más conveniente situarlo como un límite autónomo, una parte integral de la misma definición del derecho patrimonial, y así de paso evitar toda discusión sobre un presunto carácter “excepcional” y consiguiente interpretación restrictiva (v. *infra*). Recordemos que en nuestra legislación este límite se aplica únicamente respecto del derecho de distribución.³⁴⁹

3.2.3. Las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Al decir de RICKETSON y GINSBURG, incluso en aquellos países donde existe el más vigoroso mandato de promover los derechos de los autores se reconoce la necesidad social de restringir o limitar tales derechos en casos particulares. Es por ello que desde la primera versión del Convenio de Berna las partes contratantes acordaron disposiciones que habilitaban a cada Estado para limitar, por medio de su legislación interna, el alcance normativo de los derechos de autor en determinadas circunstancias.³⁵⁰

³⁴⁸ V. *supra*, 1.1.4.

³⁴⁹ Véase el art. 18 e), inciso segundo LPI.

³⁵⁰ RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, p. 756.

Como bien nota SIRINELLI,³⁵¹ excepciones y limitaciones se refieren a actos de utilización y no a tipos de creaciones excluidas del monopolio autoral. Bajo este respecto son límites subjetivos, a diferencia del dominio público que es una gran “frontera” o límite objetivo del derecho de autor. Mediante ellas se pretende acomodar en una última instancia legal las preocupaciones de interés público, dado que operan en un momento posterior a la delimitación del ámbito de la protección: una vez comprobado que una obra no pertenece al dominio público, las limitaciones y excepciones son lo único que puede asegurar la legalidad de una utilización que no haya sido autorizada. A través de este acomodo es que cada legislador, en teoría, intenta soberanamente “equilibrar” los intereses que entran en conflicto a propósito del quehacer creativo. Nos referiremos a ellas, nuevamente, de modo breve y general.

Pese a que no existe suficiente uniformidad terminológica,³⁵² es plausible distinguir entre limitaciones al derecho de autor como género, y excepciones al mismo como una especie de aquéllas.³⁵³ Las limitaciones consisten en cláusulas

³⁵¹ *Loc. cit.*

³⁵² SIRINELLI, *op. cit.*, p. 2, comenta que las legislaciones del mundo utilizan variados vocablos de modo poco preciso, como p. ej. “límites”, “limitaciones”, “excepciones” o “restricciones”. La ley francesa es un caso especial dado que no emplea término alguno. En doctrina hay autores que optan por hacer intercambiables los dos términos más estandarizados: “limitaciones” y “excepciones” (p. ej. LIPSZYC, *op. cit.*, p. 219). RICKETSON, autoridad académica en el ámbito, diferencia tres tipos de disposiciones: “limitaciones” (equivalente a lo que llamamos “exclusiones”), “excepciones” (cláusulas que confieren inmunidad respecto de ciertas modalidades de utilización de obras) y “licencias obligatorias” (cláusulas que sujetan un uso libre al pago de una remuneración al titular correspondiente) (RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, pp. 756-757). Nuestras definiciones difieren un tanto de las suyas.

³⁵³ Para distinguir entre limitaciones y excepciones seguimos aproximadamente a GERVAIS, 2008b, p. 3, nota no. 2.

que imponen condiciones o gravámenes al ejercicio del derecho patrimonial de autor, incluyendo la (más común) de tolerar algunos actos de utilización sin perjuicio del derecho a percibir una remuneración o compensación equitativa.³⁵⁴ Las de este último tipo se llaman doctrinariamente licencias no voluntarias, y se subclasifican en licencias obligatorias, en las que el titular puede negociar el monto de la remuneración, y licencias legales, donde dicha suma está prefijada por la ley o por autoridad competente.³⁵⁵ Las excepciones son en cambio limitaciones cuyo gravamen es de la máxima intensidad posible: configuran hipótesis de uso libre y gratuito, en las que la ley resta toda su eficacia al ejercicio del derecho exclusivo (por eso también se les llama simplemente usos libres y gratuitos).

Las licencias no voluntarias representan a todas luces una solución intermedia o de compromiso, en que se permite al público el uso libre pero a la vez se garantiza a los titulares una remuneración o compensación por el empleo de sus obras, que ya no pueden negarse a autorizar.

³⁵⁴ GUIBAULT, *op. cit.*, pp. 26-27 adiciona un tipo de limitación de origen más reciente: la gestión colectiva obligatoria de derechos, que consiste en someter el ejercicio de los derechos pecuniarios a la sola condición de que se efectúe por medio de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor. Un ejemplo de esto es la ley de Francia, que resuelve el problema de las reproducciones reprográficas no autorizadas exigiendo que tales derechos se ejerzan por una sociedad de gestión colectiva. Es teniendo a la vista este nuevo tipo de limitación que no resulta en rigor correcto equiparar sencillamente “limitaciones” con “licencias no voluntarias” como hace, p. ej., SIRINELLI (*op. cit.*, p. 3).

³⁵⁵ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 220.

Con respecto a las licencias legales, si bien muchos las consideran necesarias para lograr un justo compromiso entre el interés público y el de los titulares de obras, además de ser una respuesta razonable frente a algunas “fallas de mercado” derivadas del progreso tecnológico,³⁵⁶ su justificación no está libre de disputas. Existen reparos con respecto a la idoneidad económica de esta suerte de tarificación legal, al no permitir la formación de precios a un nivel económicamente óptimo, es decir el de equilibrio entre oferta y demanda;³⁵⁷ también se aduce que la clase de compromiso que representan se debe más bien a las presiones de la industria de medios y que finalmente implican trabas burocráticas que aumentan artificialmente los costos de transacción, enriqueciendo a los intermediarios por sobre los propios autores.³⁵⁸ Ejemplos de licencias legales son aquellas previstas en el Anexo del Convenio de Berna, que contiene disposiciones especiales relativas a los países en desarrollo, las cuales permiten limitar de esta forma los derechos de traducción y de reproducción.³⁵⁹

Las licencias obligatorias por su parte pueden cumplir, de acuerdo a GUIBAULT, una función regulatoria de la libre competencia por su aptitud para prevenir ciertos comportamientos anticompetitivos (abusos de posición dominante).³⁶⁰ En el Convenio de Berna hay dos ejemplos de este tipo de

³⁵⁶ GUIBAULT, *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 24.

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 23; KUR, 2008, p. 12.

³⁵⁹ Véanse. arts. II y III Anexo CB.

³⁶⁰ GUIBAULT, *op. cit.*, p. 25.

limitación, una destinada a la radiodifusión y comunicación por hilo de obras literarias y artísticas³⁶¹ y la otra a la grabación sonora de obras musicales respecto de los autores de tales obras y de su letra en caso de que corresponda.³⁶²

Las excepciones encarnan también un compromiso, pero más claramente inclinado hacia el interés público por cuanto en ellas el titular no retiene ninguna prerrogativa patrimonial. No puede prohibir la utilización de que se trate ni exigir una compensación o remuneración a cambio. Son, en este sentido, causales de uso “justo”. El *fair use* de la ley estadounidense es un claro ejemplo de excepción al derecho de autor, aunque abierta y flexible como ya dijéramos anteriormente. En cuanto a las excepciones netamente estatutarias, el Convenio de Berna contempla como un marco opcional las siguientes hipótesis específicas:

- Derecho de cita;³⁶³
- Reproducción y comunicación pública de conferencias y alocuciones pronunciadas en público;³⁶⁴
- Utilización a título de ilustración de la enseñanza;³⁶⁵

³⁶¹ Véase el art. 11 bis (2) CB.

³⁶² Véase el art. 13 (1) CB.

³⁶³ Art. 10 (1) CB.

³⁶⁴ Art. 2 bis (2) CB.

³⁶⁵ Art. 10 (2) CB.

- Reproducción, radiodifusión y transmisión por hilo de artículos de actualidad económica, política o religiosa;³⁶⁶
- Reproducción cinematográfica y fotográfica, radiodifusión y retransmisión por hilo de obras literarias y artísticas con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad;³⁶⁷
- Reproducción de grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión;³⁶⁸
- Utilización de obras cinematográficas, respecto de los autores de la obra en colaboración.³⁶⁹

RICKETSON y GINSBURG señalan además como integrantes del Convenio las excepciones *de minimis* y excepciones implícitas relativas al derecho de traducción, pese a que no se hallan textualmente incorporadas al tratado en cuestión.³⁷⁰ Por último, el mismo Convenio permite a los Estados miembros establecer, además de las previamente mencionadas, excepciones o limitaciones

³⁶⁶ Art. 10 bis (1) CB.

³⁶⁷ Art. 10 bis (2) CB.

³⁶⁸ Art. 11 bis (3) CB.

³⁶⁹ Art. 14 bis (2) b) CB.

³⁷⁰ Véase RICKETSON y GINSBURG, *op. cit.*, pp. 830 y ss.

legales al derecho de autor que cumplan con el criterio triple o “prueba de los tres pasos” contenido en el artículo 9(2), cuyo texto es el siguiente:

Artículo 9

2) Se reserva a los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Esta es la única limitación “general” contenida en el Convenio, y si bien podría pensarse que significa algo de flexibilidad para que los legisladores domésticos concilien soberana y concienzudamente los intereses en juego, el consenso en doctrina indica que se trata, por el contrario, de un estándar elevadamente restrictivo,³⁷¹ aunque existen propuestas tendientes a una interpretación flexible y equilibrada de esta regla.³⁷²

Sólo nos restan algunas consideraciones acerca de este ítem. En primer lugar cabe preguntarse si excepciones y limitaciones son, pese a las apariencias, verdaderos derechos de los usuarios. Mencionamos que en los Estados Unidos y Canadá existe margen legal para hablar de “derechos del público”, principalmente

³⁷¹ En este sentido GERVAIS, 2008b, pp. 23 y ss. Véase también, en general, KUR, *op. cit.*. Una atención más detenida de nuestra parte excedería, por desgracia, la apropiada extensión del presente trabajo.

³⁷² En particular, v. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, “Declaración por una Interpretación Equilibrada de la ‘Regla de los Tres Pasos’ en el Derecho de Autor” (2008) [en línea] <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_spanish.pdf> [consulta: 03 septiembre 2013]

en relación con el *fair use* o *fair dealing*, aunque dicha naturaleza no quede del todo clara. En nuestra tradición en cambio tal posibilidad está vetada, o así al menos lo han entendido importantes académicos del rubro,³⁷³ con quienes coincidimos. En efecto, pensamos que la misma terminología empleada sugiere connotaciones que, si bien pueden parecer desfavorables y hasta inconvenientes³⁷⁴ desde el punto de vista de las libertades para usar y compartir, tienen pleno sentido jurídico: las excepciones son simplemente eso, excepciones a la regla de que es ilícito interferir con la explotación exclusiva del titular de la obra. Como tales ciertamente limitan el alcance, o más bien la aplicación de aquella regla formulada de modo general, pero lo hacen completando su sentido jurídico al integrar a ella, dentro de lo que resulta posible –dadas las características de generalidad y permanencia de la ley–, la consideración del contexto normativo y fáctico en el cual tiene vigencia. Evidencian el reconocimiento legislativo de que las reglas, aun cuando puedan parecernos justas en abstracto, conducen a veces a resultados injustos cuando se aplican a una situación concreta.³⁷⁵ Pero lo cierto es que, como hemos pretendido mostrar, esas veces han terminado siendo demasiadas, y nada

³⁷³ P. ej. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 19. Véase en especial GUIBAULT, *op. cit.*, pp. 90 y ss. (“2.3. Legal nature of the limitations”), quien llega a la conclusión de que las limitaciones al derecho de autor conforman el reconocimiento del legislador de los “legítimos intereses” de los usuarios, y que en tal calidad se hallan por cierto en franca desventaja frente al derecho de autor, cuya naturaleza es la de un derecho subjetivo.

³⁷⁴ GUIBAULT, *op. cit.*, p. 16, prefiere no usar el término “excepciones” entre otras razones porque sugiere la impresión mental de que todo está prohibido por defecto para los usuarios. La observación es correcta, pero quizá avanzaríamos más al reconocer que dicha impresión también es, en una enorme medida, verdadera, en lugar de pretender evadirla por razones de eficacia argumental.

³⁷⁵ Por ejemplo, el realizar reproducciones de obras que no se encuentren en el mercado se reputa en general contrario al derecho de reproducción, salvo cuando quien realiza dicho acto es una biblioteca y dadas una serie de condiciones (véase el art. 71 I LPI).

garantiza que el legislador sea capaz de preverlas todas, ni ahora ni en el futuro. Es de esperar que el razonamiento judicial pueda ser capaz de superar la rígida abstracción de los textos legales, desde luego no aplicando silogísticamente las normas sobre exclusividad autoral, sino de acuerdo a su espíritu y a su finalidad, discutidas a lo largo del presente capítulo; y sobre todo, empleando el criterio probatorio de la normalidad fáctica para no gravar al público con la carga de demostrar la licitud de sus utilizaciones en un proceso judicial, muchas veces excesiva para quienes no persiguen fines de lucro, y beneficiosa para titulares que ven en la litigación una mera herramienta para abusar del más débil.³⁷⁶

3.3. Conclusiones.

Hemos descrito de manera muy general, aunque lo más comprensiva posible, el espectro de los límites legales del derecho de autor, destacando el necesario rol que cumplen en su sistema normativo y el modo en que con ellos se busca resguardar el interés público. Nuestro juicio es que, pese a todo, sus posibilidades de salvaguardar eficazmente el interés público son actualmente un tanto escasas, si bien no inexistentes, cuestión que obedece a que el derecho de autor adolece de un defecto de origen, que el estado de cosas actual sólo ha acentuado y no originado: su exclusividad es, al mismo tiempo que un estímulo a la creación, una cortapisa a la difusión de la cultura, y su diseño le otorga más capacidad para lo segundo que para lo primero. Este pesimismo, si así se le quiere calificar, se acentúa todavía más con la constatación final de que las limitaciones

³⁷⁶ Pensamos en los así llamados “*copyright trolls*”, litigantes temerarios que acuden a los tribunales alegando infracción a sus derechos de autor, sin necesariamente tener buenos fundamentos, con la intención de obtener algún beneficio pecuniario fruto de un acuerdo judicial o extrajudicial previo a la sentencia, aprovechándose de la incertidumbre legal, la dilación de los procesos y las elevadas sanciones existentes. V. Electronic Frontier Foundation, “Copyright Trolls” [en línea] <<https://www.eff.org/issues/copyright-trolls>> [consulta: 22 mayo 2016]

y excepciones al derecho de autor, método principal del legislador para servir al interés público en el acceso libre a la cultura sin renunciar a la protección de las obras, no configuran –al menos en nuestro sistema legal– verdaderos derechos del público. En el próximo capítulo nos haremos cargo de este pesimismo, reflexionando sobre el porqué de la persistencia de un interés público en una legislación que tiene como foco principal el respeto y protección de los autores, y buscando el valor intrínseco de aquella idea, de modo que pueda servir para orientar mejor la aplicación de las normas autorales.

4. EL DERECHO DE AUTOR VISTO EN PERSPECTIVA PÚBLICA

Tras el examen que antecede permanece aún confuso el porqué de la intromisión de un interés público en el derecho de autor. De hecho, ni siquiera nos hemos detenido a aclarar lo que el concepto de interés público significa, sino que sólo lo hemos asociado con aquello que interesa al público en general; pero en este sentido, pareciera ser una obviedad el que una ley cualquiera deba responder al interés público, porque de lo contrario su aprobación por una legislatura democrática no sería legítima. Sin embargo, tal como señala DAVIES, en tiempos recientes el interés público ha sido invocado “no a favor de reforzar la protección otorgada a los autores y otros titulares de derechos, sino a favor de un acceso libre e irrestricto del público a las obras protegidas por derechos de autor”.³⁷⁷ Dado que el derecho de autor es –justificaciones filosóficas aparte– un monopolio privado que para funcionar depende de una estricta regulación legal, sucede que, si efectivamente el interés público aquí estuviese de parte del acceso libre a la cultura, entonces el mismo tendería hacia la desregulación. Pero ¿Cómo puede ser que una misma legislación pretenda dos cosas tan perfectamente opuestas? ¿Podría decirse realmente que el derecho, al mismo tiempo que reconoce y protege los intereses morales y materiales de los creadores en relación con sus obras, reconoce y protege también el acceso libre de todos a dichas obras? La pregunta refleja cierta incomodidad, porque mientras el derecho de autor es sin duda reconocido como un derecho, el interés público ha sido presentado casi como un

³⁷⁷ *Ibíd.*, p. 4. Traducción propia.

asunto de mera conveniencia, algo que un legislador bienintencionado debería tener en consideración, pero no mucho más que eso. Es por ello que en este capítulo nos centraremos en buscar algún sentido más jurídicamente robusto a la idea de que el acceso a la cultura es un asunto de interés público, y de que dicho interés público vale como justificación para limitar la protección al derecho de autor. Para tal fin, pensamos, es necesario sortear primero algunas dificultades que presenta nuestra tradición jurídica.

4.1. Problemas que enfrenta la noción de interés público dentro de la tradición del *droit d'auteur*.

DAVIES, al preguntarse por el interés público en las normas del derecho de autor, nos presenta como punto de referencia original la idea romana de *pro bono publico*, tal como aparece en CICERÓN, para quien “el bien del pueblo es la ley suprema”.³⁷⁸

Si acaso una ley³⁷⁹ particular es “en el interés público” probablemente no sea susceptible de test objetivo alguno. Inherente al noble motivo del bien público es la noción de que, en ciertas circunstancias, las necesidades de la mayoría sobrepasan a aquellas del individuo, y que el ciudadano debería desistir de cualquier consideración de auto-interés en favor del bien común de la sociedad como un todo.³⁸⁰

³⁷⁸ DAVIES, *op. cit.*, p. 1.

³⁷⁹ Original: *act*.

³⁸⁰ *Loc. cit.* Traducción propia.

¿Cómo podría la ley del derecho de autor responder a demandas de esta índole, sustentadas en un bien supra-individual y un interés no egoísta? DAVIES parece tener clara la respuesta. En una usanza familiar a la cultura jurídica del *common law*, avanza en su investigación vinculando la idea de interés público con la de *public policy* (o simplemente *policy*).³⁸¹ Este es sin embargo un término poco preciso, que guarda alguna semejanza con el español “orden público”,³⁸² pero que en estas materias parece denotar más bien aquello a lo que DWORKIN se refería como “directrices políticas” (*policies*):

Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos).³⁸³

Así visto, lo que venimos llamando interés público tiene una natural cabida en los sistemas del copyright, en cuanto su prosecución es tenida por tarea principal del regulador. Desembocamos así en una concepción netamente instrumental del

³⁸¹ Véase en general *Ibíd.*, *op. cit.*, p. 173 y ss. (“*Part III : Copyright and Public Policy*”).

³⁸² “Definition of public policy in English: noun [MASS NOUN] 1. The principles, often unwritten, on which social laws are based. 2. Law The principle that injury to the public good is a basis for denying the legality of a contract or other transaction.” (OXFORD BRITISH AND WORLD ENGLISH DICTIONARY [en línea] <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/public-policy>> [consulta: 25 diciembre 2015]).

³⁸³ DWORKIN, 1989, p. 72.

derecho de autor, que resulta equivalente a aquello que WEINRIB entiende por punto de vista externo al derecho, esto es, la idea de que la ley existe para hacer cumplir o declarar algún objetivo o propósito dado de manera independiente y exterior a ella;³⁸⁴ en este caso, digamos, la promoción de las artes y las ciencias (para lo cual se necesitan, a su vez, autores). Esta es una visión bastante familiar para los abogados del *common law*, sobre todo (por razones que antes expusimos) dentro de los Estados Unidos, aunque también en el Reino Unido y otros países con un sistema legal similar. Ahora bien, notemos de inmediato que nuestra tradición jurídica carece de un término equivalente al de *public policy*; y si a ello sumamos el –generalmente asumido– lugar común de que el derecho de autor continental descansa sobre una filosofía de derechos naturales,³⁸⁵ (es decir, que sus reglas no están diseñadas utilitariamente para implementar *public policies*) no debería extrañarnos la enorme escasez en el medio local de referencias académicas que sustantivamente se preocupen del interés público detrás de la propiedad intelectual, y que den cuenta suficiente de los aspectos de naturaleza socioeconómica o bien política involucrados en toda discusión al respecto, así como de su cabida en el esquema regulatorio autoral.³⁸⁶

³⁸⁴ Cit. en FIGUEROA, *op. cit.*, p. 96.

³⁸⁵ En palabras del propio DAVIES: “*To generalize, it is true to say that, in the development of modern copyright laws, the economic and social arguments are given more weight in the Anglo-american laws whereas, in Continental law countries, the natural law argument is to the fore*” (“Para generalizar, es correcto decir que, en el desarrollo de las modernas leyes de derecho de autor, los argumentos económicos y sociales tienen más peso en las leyes anglo-americanas mientras que, en los países de derecho continental, el argumento de derecho natural está en primer plano”) (DAVIES, *op. cit.*, p. 15).

³⁸⁶ Algunos artículos de juristas chilenos en esa vía son citados a lo largo de esta memoria; p. ej.: ÁLVAREZ VALENZUELA, 2005; *íd.*, 2011; DE LA MAZA GAZMURI, 2006; RUIZ GALLARDO, 2006; SCHMITZ VACCARO, *op. cit.* Tal vez quien más lo desarrolla es este último.

Pero que nuestra doctrina no lo encuentre no tiene que significar que el interés público sea verdaderamente inexistente, y que por tanto el derecho de autor no pueda ser entre nosotros más que un asunto netamente privado, junto al cual no quepan expectativas de índole colectiva. Si, pues, desde el contexto del copyright puede afirmarse con toda seguridad, como lo hace DAVIES, que sus leyes obedecen íntegramente a una perspectiva de interés público,³⁸⁷ la pregunta inmediata para nosotros sería: ¿puede construirse un argumento semejante en nuestro propio contexto legal (el del derecho de autor de herencia franco-germánica, a cuya familia pertenece el chileno) sin tener que abrazar una filosofía necesariamente utilitarista como la del copyright anglosajón?

DAVIES se apoya en evidencias textuales³⁸⁸ que dan a entender que, a nivel de discurso, todas las leyes de derecho de autor pretenden una justificación última en razones de bienestar general, y que existe en realidad una vasta área de consenso entre las dos grandes tradiciones jurídicas, más allá de las doctrinas que se suelen emplear para legitimar la existencia de derechos legales de utilización exclusiva. Aceptamos esa tesis, pero la verdad es que sus efectos no llegan demasiado lejos para constituir un efectivo contrapeso al proteccionismo

³⁸⁷ DAVIES, *op. cit.*, p. 1.

³⁸⁸ Él expone antecedentes histórico-jurídicos relativos al Reino Unido, Estados Unidos, Alemania y Francia, para demostrar que el interés público siempre ha sido una preocupación de primer orden para la legislación de derecho de autor. Sus conclusiones, por lo tanto, atañen también a nuestro *droit d'auteur*. Particularmente ilustrativos son los antecedentes textuales de la legislación francesa originaria sobre derecho de autor (los decretos revolucionarios) y de las leyes de 1957 y 1985, donde se evidencian propósitos legislativos basados en la idea de interés público y en la búsqueda de equilibrios para salvaguardar el acceso a la cultura (véase DAVIES, *op. cit.*, Cap. 6).

maximalista ni al privatismo exacerbado de nuestra tradición continental. Es que el nudo del problema consiste, pensamos, en que la misma idea de “interés público” tiene un peso diferente según la filosofía jurídica que resulte más apropiada al contexto. Así, para los abogados estadounidenses –por ejemplo– resulta familiar admitir que los derechos de autor existen en primer lugar porque maximizan la utilidad social al incentivar la creación de obras originales, amén de que permiten recompensar legítimamente su esfuerzo privado. Pero, en cambio, en un contexto francés o chileno el argumento irremediablemente no tiene el mismo peso: los derechos de autor existen primero porque los autores merecen retribución, amén de que sirven –bienvenido sea– para fomentar la actividad intelectual. Una cosa es que –como se ha encargado de mostrar DAVIES–³⁸⁹ los legisladores universalmente apelen al interés general como un auxilio retórico en el contexto político del proceso legislativo, algo que hacen siempre, y otra distinta es que esa apelación tenga pleno sentido jurídico. Dicho de otro modo, el mayor bienestar de todos puede tener valor en sí mismo si es que somos utilitaristas – como lo son en general las leyes de copyright de ascendencia anglosajona–; pero si no lo somos, su importancia será siempre de segundo orden.

Al contrario de lo que se acostumbra entre los críticos del maximalismo, optaremos aquí por no renegar de la llamada teoría romántica de la autoría ni de la justificación individualista de la propiedad literaria y artística. Apelaremos a nuestra tradición legal y apostaremos por su plena legitimidad: el autor tiene un derecho moral a recoger el fruto de su labor creativa y a que se le respete en relación con la obra creada; y es justo, más que sólo conveniente, que su trabajo sea respetado y recompensado. Será con esto en mente que abordaremos la

³⁸⁹ *Loc. cit.*

pregunta por el interés público, renunciando por tanto a la mirada economicista en boga que sólo atiende a la maximización de bienes y se olvida del fundamento moral de las pretensiones en juego. Pero no se trata de un mero apego conservador a nuestros valores tradicionales ni de una hermenéutica originalista. Nos parece que es la propia lógica de nuestro sistema legal la que se pone en el camino de quien intente justificar los derechos de los autores desde una perspectiva exclusivamente pública. En rigor nada impide que teorizamos sobre el interés público, como se suele hacer, en términos de una sumatoria de objetivos generales de política pública, en cuyo caso atribuiríamos al legislador la tarea de lograr un equilibrio virtuoso que satisfaga en forma siempre parcial y acomodaticia aquellos intereses no propietarios que pugnan con los de los titulares de derechos. Sin embargo en tal caso, puesto que partimos de un esquema legal que otorga verdaderos derechos subjetivos por el hecho de la creación, y que incluso llega a respaldarlos constitucionalmente junto al derecho de dominio,³⁹⁰ dicho balance *in abstracto* tendrá que desembocar previsiblemente en una hipertrofia de los intereses propietarios frente a los no propietarios, que por su parte ni siquiera alcanzan la forma legal de derechos subjetivos.³⁹¹

A nuestro juicio la proposición de que el derecho de autor debe orientarse directamente al interés público, encuentra entre nosotros dificultades que van más allá de lo semántico, y que tienen que ver con aquello que ATRIA ha llamado “la

³⁹⁰ V. art. 19 N° 25 CPR.

³⁹¹ V. *supra*, 3.2.3.

forma del derecho”.³⁹² Hablar del derecho de autor en el lenguaje de los derechos no es algo exento de consecuencias, porque

el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones sustantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a’ *significa* en el juego del lenguaje del derecho.³⁹³

Este fenómeno podría evitarse en un sistema que no conciba expresamente al derecho de autor como un derecho subjetivo, sino como una mera herramienta que forma parte de una regulación estatal de utilidad pública. Es verdad que el copyright no hace depender en cada caso la efectividad de la pretensión de un titular del evento de que, de prosperar su demanda, el progreso de las ciencias y las artes resultará favorecido en los hechos. Pero la diferencia con nuestro contexto propio es que lo anterior sí puede funcionar allí como un principio capaz de orientar las decisiones judiciales, dado que es parte integrante de la teoría que justifica la validez del copyright.³⁹⁴ En cambio, allí donde el derecho de los autores

³⁹² V. ATRIA, 2004, pp. 37-40.

³⁹³ ATRIA, 2004, p. 39. Las cursivas son del autor.

³⁹⁴ V. p. ej. U.S.S.C., 464 U.S. 417 (“Sony Corp. v. Universal City Studios”): “*The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved*” (“Los privilegios de monopolio que el Congreso puede autorizar no son ni ilimitados ni primariamente diseñados para otorgar un beneficio privado especial. En lugar de ello, (...) [constituyen] un medio por el cual un importante propósito público puede ser logrado”). Esta opinión fue vertida como un

a controlar la utilización de sus obras se defina legalmente sin necesidad atender a consideraciones de interés general, sino tan sólo atendiendo a criterios *a priori* de atribución exclusiva, que definen deberes y derechos en forma perentoria,³⁹⁵ sería inoficioso negar la existencia de una distorsión en el significado de las reglas, que juega sistemáticamente en contra de las finalidades colectivas o *policies*.

La conclusión es que necesitamos una manera diferente de concebir el interés público, una que no implique directamente colectivizar el derecho de autor. Con miras a ello vamos a dar un vistazo a lo que en general significan los adjetivos público y privado, y al lugar que ambos pueden ocupar al interior de la actividad creativa.

4.2. Lo público y lo privado en el derecho de autor.

Tuvimos ya ocasión de reparar en algunas preocupaciones de carácter público que suelen ir asociadas a la legislación de derecho de autor, aunque al nivel de los propósitos legislativos, y no directamente en el de las normas.³⁹⁶ Sin embargo, lo público como tal no está ausente del derecho de autor; por el contrario,

comentario sobre la “cláusula del progreso”, en un caso emblemático sobre uso justo (*fair use*). El fallo de “Sony” fue lo que permitió el surgimiento del negocio de arriendo de películas en formato videocassette desde la segunda mitad de los años ’80, al declarar que los fabricantes de videograbadoras caseras (VHR) no eran responsables por las eventuales infracciones a los derechos de autor que sus clientes pudieran realizar gracias a las mismas, y, fundamentalmente, que el grabar programas o películas transmitidas por televisión para verlas en otro momento constituía uso justo.

³⁹⁵ KANT decía que mientras la ética “no puede rehusar un cierto espacio a las excepciones”, el derecho busca “determinar a cada uno lo suyo con precisión matemática” (KANT, *op. cit.*, p. 43).

³⁹⁶ V. *supra*, 3.1.

ocupa un lugar muy especial bajo la égida del concepto legal de dominio público³⁹⁷ –que entre nosotros, como vimos antes, se llama patrimonio cultural común–. El dominio público, como observa BOYLE, da forma legal a la idea de un “reverso” de la propiedad (“*the opposite of property*”)³⁹⁸ en materia autoral. Para un importante sector de la academia, que fue tomando forma desde fines del siglo pasado principalmente en los Estados Unidos,³⁹⁹ el dominio público se encuentra bajo amenaza debido al auge legal de la comodificación, lo cual no quiere decir necesariamente que las obras hoy pertenecientes al dominio público corren el riesgo de ser privatizadas, sino más bien que el dominio público como conjunto está reduciéndose gracias a los extensos plazos de protección, a la ampliación del ámbito de lo protegible y a la debilitación de las limitaciones y excepciones a causa de las medidas tecnológicas de protección. Esta perspectiva pretende mostrar al dominio público como algo en sí valioso y que vale la pena defender frente a la expansión de los derechos de autor, y es por esto que COHEN la denomina “el modelo de la conservación” (“*the conservancy model*”), por oposición al “modelo de la administración cultural” (“*the cultural stewardship model*”), que enfatiza el valor de la exclusividad en cuanto permite rentabilizar las creaciones intelectuales, y que por su parte no ve ningún perjuicio social en la disminución del dominio público, que para sus proponentes “no es ni inherentemente productivo ni inherentemente público”.⁴⁰⁰ Lo que llama la atención de COHEN, en todo caso, es que ambas posturas comparten, o al menos asumen sin cuestionar, un mismo

³⁹⁷ V. *supra*, 3.2.1.

³⁹⁸ V. BOYLE, *op. cit.*, pp. 35-41.

³⁹⁹ V. COHEN, 2006, p. 133 (nota al pie no. 43).

⁴⁰⁰ V. *ibid.*, pp. 132-135. Traducción propia.

sentido de lo público que condiciona su manera de concebir el dominio público, el cual está directamente tomado de un contexto predial, en el que la expresión dominio público viene a hacer referencia a aquellos terrenos de propiedad pública en sus diversas acepciones,⁴⁰¹ vale decir, bienes cuyo dueño es el soberano o bienes no susceptibles de apropiación privada y cuyo uso pertenece a todos por igual, pero que por decisión pública podrían ser administrados por privados mediante concesiones.⁴⁰² COHEN cuestiona este marco referencial porque de hecho favorece a las posturas pro-comodificación, al situar al dominio público como una clase de espacio perfectamente separado del dominio privado, y a la cultura como un recurso destinado a la privatización. Pero de todas maneras, y esto es lo que nos interesa resaltar a nosotros, aquella analogía predial trae consigo –al margen de sus diversas valoraciones– una cierta percepción de la cultura como algo público o común, es decir, algo que encarna un interés no propietario.

Pero ¿bajo qué título sería público lo que resulta del trabajo individual de los autores? Que las meras ideas sean públicas puede aceptarse, pero decir que las expresiones originales del intelecto, las obras como tales, son por defecto públicas –en el sentido de “pertenecientes a todos”–, es algo ininteligible a los ojos de nuestra tradición. El individuo se interpone como un obstáculo insalvable a la pretensión de que la cultura y el conocimiento son bienes o recursos públicos; no hay manera de afirmar que lo sean sin atropellar sus intereses, o peor aún, sus derechos. Tenemos dos opciones frente a este problema: o renunciar a la

⁴⁰¹ En el derecho chileno hablaríamos de bienes nacionales, y de sus subespecies como bienes fiscales y bienes nacionales de uso público, respectivamente. V. art. 589 CC.

⁴⁰² COHEN, 2006, pp. 127-129.

posibilidad de admitir un carácter público en la cultura, o buscar algún sentido no predial de lo público, que sirva mejor para oponer resistencia frente a la privatización de la cultura, dadas las claves que configuran legalmente el derecho de autor en nuestro ámbito. Vamos a preferir la segunda. (También existe una tercera, no menos legítima, que es insistir en los términos anglosajones del debate. Nosotros ya la descartamos, pero quizá a muchos les parezca mejor. Es, en gran parte, una cuestión de mera estrategia.)

De acuerdo con su sentido original, que se remonta a la antigüedad grecorromana,⁴⁰³ lo privado es aquello peculiar, propio, natural, lo relativo a la familia y a las relaciones verticales de autoridad y control que tienen lugar al interior de ella, y engloba aquellas pertenencias que satisfacen las necesidades más básicas de los individuos, en el orden de su conservación y reproducción; en tanto que lo público denota a los espacios colectivos en que las familias compartían el culto religioso y la deliberación sobre los asuntos cívicos, es decir todo aquello que llenaba el espectro de su vida en común,⁴⁰⁴ aunque en una acepción más estricta remite a las cosas que pertenecían al Estado.⁴⁰⁵ De acuerdo a ARENDT, “[l]a distinción entre la esfera privada y pública de la vida corresponde al campo familiar y político, que han existido como entidades diferenciadas y separadas al menos desde el surgimiento de la antigua ciudad-estado”;⁴⁰⁶ lo político hacía, por supuesto, referencia a la vida en la *polis*, un tipo de asociación enteramente basado

⁴⁰³ V. ARENDT, 2009, pp. 37-48.

⁴⁰⁴ CARRASCO PIRARD, 2001, p. 231.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*, p. 225.

⁴⁰⁶ ARENDT, *op. cit.*, p. 41.

en el discurso, que como tal “se oponía a la asociación natural experimentada en la vida familiar”⁴⁰⁷, y donde las “actividades relacionadas con un mundo común” desplazaban a aquellas “relativas a la conservación de la vida”.⁴⁰⁸ Ambos términos surgen, en todo caso, históricamente adjetivados a la institución de la propiedad, por lo cual aquello que nosotros llamaríamos vida pública o vida privada era para los antiguos indisociable de los espacios físicos en que la vida social se compartimentaba. Mientras la propiedad pública se destina al mutuo encuentro de los ciudadanos y por ende es un espacio compartido, la propiedad privada es lo que se desea ocultar del alcance y la presencia de los otros, por lo que su nota es la exclusividad. Pero algo esencial es que cada uno de estos espacios carece de realidad sin referencia al otro: la propiedad pública y la privada, así como todo lo que hoy por extensión designamos como público y privado, se funden en una unidad de contrarios, constitutiva de toda realidad social suficientemente compleja, de manera tal que no es posible hablar de lo privado sin referencia a lo público ni viceversa.⁴⁰⁹

El sentido moderno en que se habla de lo privado y lo público acarrea algunas transformaciones. La modernidad, con el centro de su cosmovisión en el hombre-individuo –recordemos que el derecho de autor es una creación de los tiempos modernos–, concibe a lo privado como una esfera de acción más que como una cualidad adscrita a ciertas cosas o espacios: la esfera de la autodeterminación

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, p. 40.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, p. 42.

⁴⁰⁹ CARRASCO PIRARD, *loc. cit.*.

individual, en la que cada individuo se propone sus propios fines libremente y fuera de toda interferencia de los demás. Por contraste, lo público ahora equivale a la esfera en que la colectividad, o la autoridad que la encarna, interviene restringiendo dicha libertad para hacerla compatible con sus propios fines. Esta dualidad, que ha inspirado el imaginario de los filósofos liberales en torno a dos conceptos pretendidamente antagónicos de la libertad, como libertad “negativa” y “positiva” en la célebre formulación dada por BERLIN⁴¹⁰ y que había perfilado con agudeza CONSTANT⁴¹¹ hace ya tres siglos (como la libertad de los modernos versus la de los antiguos), arrastra una tensión de la que ha dado fiel cuenta HABERMAS, entre la afirmación simultánea de la autodeterminación privada – manifestada en el reconocimiento de derechos subjetivos, ámbitos de acción éticamente neutros que permiten a los individuos relacionarse entre sí de manera puramente estratégica– y de la autonomía política –encarnada en los derechos políticos como fuente del derecho objetivo, aquellas leyes generales y abstractas que deben compatibilizar el ejercicio recíproco de los derechos subjetivos–, por parte del derecho moderno.⁴¹²

Es sencillo identificar en el corpus del derecho de autor la presencia de una esfera privada. Retomando aquí la división esquemática que hicimos antes entre las funciones “individual” y “social” que desempeña la regulación del derecho de autor,⁴¹³ podemos notar que el derecho de autor tutela intereses privados que,

⁴¹⁰ V. BERLIN, 2005.

⁴¹¹ V. CONSTANT, *op. cit.*

⁴¹² V. HABERMAS, 2005, p. 148.

⁴¹³ V. *supra*, 2.1.

atendido el cariz personalista de nuestra tradición legal, competen primordialmente al autor-persona natural: la calidad de autor (o de quien ocupa su lugar consecucionalmente por medio de una transferencia), en tanto creador de una obra original, es entendida como un título (transferible) que otorga una exclusividad legal sobre ciertas expresiones a quien las emite, cuando aparecen dotadas de originalidad suficiente. Este es el precipitado de lo que BOYLE ha llamado famosamente la “teoría romántica de la autoría”, la cual constituye una justificación moral y filosófica del derecho de autor basada en la potencia creativa individual del “genio”, y no en argumentos utilitaristas.⁴¹⁴ Pero más allá de la cuestión de la originalidad, en la cual no entraremos –y más allá también de la relatividad histórica del propio concepto jurídico de autor–, está la pregunta de qué justifica aquel título de exclusividad. DAVIES, como vimos en su oportunidad, señala que existen en general dos razones de principio: la adquisición de un derecho natural de propiedad sobre el resultado creativo, y la justa recompensa del trabajo intelectual en base a su valor creado.⁴¹⁵ Es importante decidir si admitimos o no como correctas cada una de estas dos teorías, porque aceptar la primera (o ambas juntas, si fuere el caso) implica que el interés del autor es lisa y llanamente un interés de exclusividad (o, lo que es lo mismo, de

⁴¹⁴ V. BOYLE, *op. cit.*, pp. 32-34.

⁴¹⁵ Tradicionalmente se tratan las dos como una sola teoría justificadora del derecho de autor (v. p. ej. FISHER, 2001., pp. 4-5; TEHRANIAN, pp. 9-10), basada principalmente en el principio de apropiación originaria planteado por el filósofo inglés John LOCKE según el cual, se dice, toda persona tiene un derecho de propiedad sobre las cosas con las cuales ha mezclado su trabajo. Pero esta es una interpretación errónea, pues como lo demuestra correctamente KINSELLA (v. KINSELLA, *op. cit.*, pp. 26-31) el acto de apropiación originaria es en realidad el de la ocupación, siendo el trabajo incorporado en la cosa sólo una señal inequívoca de haberse verificado la ocupación de ella.

control)⁴¹⁶, mientras que de aceptar la segunda no se sigue directamente la misma consecuencia. En definitiva, las graves dificultades teóricas que enfrenta la teoría del derecho natural de propiedad⁴¹⁷ parecen jugar a favor de su alternativa, que en nuestro concepto sería ya no una teoría de la apropiación sino una teoría del valor, y específicamente una teoría del valor-trabajo, aunque propia de aquel trabajo que podríamos denominar intelectual o creativo.⁴¹⁸ Al tomar este camino se nos hace

⁴¹⁶ Así es como lo caracteriza FIGUEROA, en un muy reciente (y bienvenido) artículo que aborda justamente este problema de cómo resolver la fundamental tensión de intereses entre autor y público (FIGUEROA, 2015, p. 101).

⁴¹⁷ Al respecto v. KINSELLA, *loc. cit.*

⁴¹⁸ La elaboración más detallada de la teoría del valor-trabajo (esto es, la teoría según la cual el valor económico de la mercancías es generado por el trabajo humano y es, por tanto, la medida social de éste) es, como bien se sabrá, la de Karl MARX. De acuerdo a esta teoría, son presupuestos necesarios para la generación de valor –en su forma de valor de cambio, cuya expresión desarrollada es el precio– el que exista una división social del trabajo entre múltiples productores privados cuyos trabajos se destinen al consumo ajeno por medio del intercambio (v. MARX, 2010), y –como presupuesto necesario, aunque no explicitado por MARX– que los productos intercambiados sean bienes (o servicios) materiales y reproducibles. Esta modalidad del valor sólo aplica, entonces, a las sociedades que racionalizan el proceso de trabajo a través del orden espontáneo del mercado. Para la propiedad intelectual se necesitaría, en cambio, una teoría del valor-trabajo no mercantil, por cuanto aquí el mercado no existe mientras no es creado artificialmente por decisión de autoridad, justificada, precisamente, en el valor del trabajo creativo. KINSELLA desestima toda teoría del valor trabajo por cuanto “parece adoptar una lógica que mezcla derechos naturales con utilitarismo”, cuestión que a él le parece “extraña”, y porque según él “implica que algo es propiedad si puede tener valor” mientras que el valor en sí abstraído de la cosa que lo posee sería algo inapropiable (KINSELLA, *op. cit.*, p. 31. Trad. propia). Si lo último es un curioso círculo argumental, lo primero asume que la noción de valor es utilitarista, cuando por ningún motivo es así. Por no ir más lejos, PÉREZ SOTO, p. ej., vincula al valor con la noción de deseo, dándole a esta última un contenido intersubjetivo basado en la filosofía hegeliana (v. PÉREZ SOTO, 2014). En definitiva, para el análisis económico-político marxiano el valor es una magnitud que sirve para expresar el tiempo de trabajo humano abstracto (entendido como simple gasto de energía humana) que la sociedad debe gastar para producir una determinada mercancía, de acuerdo a las necesidades sociales y según el nivel de fuerza productiva dominante en el momento de su producción; magnitud que bajo una división mercantil del trabajo se determina por medio del intercambio y requiere objetivarse en la forma de valor de cambio, pero que en un régimen post-mercantil o de propiedad común de los medios de producción se determinaría directamente por el valor de uso, esto es por la utilidad subjetiva y no por la ganancia monetaria. Al respecto, RIGGI ha construido un caso plausible a favor de una estrecha correspondencia entre el ideal comunista y el modo de producción *peer to peer* (P2P), cuyo campo de aplicación por excelencia es el inmaterial (v. RIGGI, 2012), y que de acuerdo a autores importantes como BAUWENS –fundador y director de la *P2P Foundation*– tiene potencial para trascender a la economía capitalista basada en el lucro (BAUWENS, 2005). El concepto general de valor, y esto se ve claramente en MARX,

posible arribar a la conclusión de que la exclusividad es, legalmente, sólo un método –y no un fin en sí mismo– para remunerar al autor como productor de expresiones socialmente valiosas, que consiste en imponer sobre las expresiones literarias, artísticas y científicas una división del trabajo de tipo mercantil. (Incluso podríamos incorporar aquí, con apoyo en esta noción productiva de la práctica creativa, a las personas jurídicas en la medida en que la obra sea el resultado de una actividad organizacional o empresarial, sorteando así la relativa incoherencia que se produce al aceptar la ley en ciertos casos la titularidad originaria del derecho patrimonial en personas jurídicas; pero esto no puede pasar de una mera propuesta teórica, por el momento). En otras palabras, lo que vendría a definir el interés legítimo del autor-trabajador creativo, en nuestro concepto, no es sino el deseo y la expectativa de obtener la recompensa debida por su labor social; y ello, de *lege lata*, mediante un derecho de utilización exclusiva en sus diversas variedades, legalmente definidas. A lo anterior debe adicionarse, por supuesto, el interés de tipo personal que se traduce en el reconocimiento del derecho moral, cuyo fundamento es, en todo caso, reconducible a la dignidad intrínseca de la persona humana, y que por lo mismo no presenta mayores dificultades conceptuales a nuestro entender.⁴¹⁹

en última instancia es correlativo al de trabajo, de modo que a una filosofía política basada en el valor corresponde el ideal una sociedad basada en el trabajo y el servicio mutuo, tal y como una filosofía política que se funda en la propiedad (como el pensamiento libertario que defiende KINSELLA –pese a que éste se oponga a la existencia de la propiedad intelectual–) corresponde al ideal de una sociedad asentada sobre el egoísmo y la mutua exclusión.

⁴¹⁹ En nuestra opinión el derecho moral de autor guarda una semejanza demasiado estrecha con el derecho a la intimidad o privacidad, por cuanto ambos identifican a la difusión cognoscitiva de cierta información relativa al individuo como algo dañino a su persona, y en ambos casos la protección jurídica sólo puede tomar, nos parece, la forma de una exclusividad sobre la emisión de dicha información.

La esfera privada definida de la manera anterior, pese a que evita toda metáfora espacial y rehúye hablar en términos de objetos y propiedad sobre los mismos, se muestra compatible con el sentido antiguo de lo privado, en cuanto su reconocimiento legal buscaría poner a salvo la satisfacción de las necesidades privadas del autor, permitiéndole cosechar el fruto de su propio trabajo, y de esta manera ve a la actividad creativa como un asunto meramente instrumental. Y también se condice con el sentido moderno de lo privado, por cuanto admite el carácter de derecho subjetivo del derecho de autor, y en consecuencia destaca cómo éste desempeña la función social de permitir a sus titulares relacionarse estratégicamente, como en un mercado, con los demás en cuanto atañe a las obras de su creación, pudiendo de esta manera rechazar las intromisiones no autorizadas en la explotación económica de las mismas, y servirse de la cooperación interesada del resto (mediante transacciones de mercado) para la satisfacción de sus necesidades individuales.

La esfera pública, de nuevo según nuestra división esquemática, haría referencia a un interés público en el acceso libre a la cultura y hacia el fomento de la creatividad, esto último en la medida en que requiere de condiciones libres de acceso al material cultural. Antes dijimos que la metáfora predial condiciona la manera de pensar en la cultura como un dominio público, pero no dimos alguna pista que ayudara a explicar por qué tiene que tratarse de algo público y no de algo privado. En este punto la academia suele recurrir a una acepción no jurídica, sino fáctica, para denotar lo público en el campo de la propiedad intelectual. Tomando términos prestados desde la economía, se habla de bienes públicos y de bienes privados según el modo en que pueden aprovecharse: un bien es público cuando es no-rival, esto es, su disfrute por unos no disminuye el disfrute paralelo por parte de otros, y no-exclusivo, es decir que resiste a las pretensiones de un usuario

cualquiera de impedir a otros su aprovechamiento.⁴²⁰ La información –o el conocimiento, o las ideas, o la cultura en general– es un palmario ejemplo de bien público. Es la conocida metáfora de Thomas JEFFERSON: las ideas son como el fuego, pues tal como mi cerilla puede darte luz a ti sin dejarme a mí a oscuras, la enseñanza que yo te comparto te hace más sabedor sin que mi propio conocimiento disminuya.⁴²¹ Los bienes públicos, entonces, se contraponen a los privados porque, básicamente, estos últimos obtienen un mejor uso cuando son aprovechados por separado, y se avienen naturalmente con una utilización disyuntiva; mientras que los primeros se avienen naturalmente con un uso simultáneo y se emplean de modo más eficiente mientras más usuarios los aprovechen. En definitiva los bienes públicos benefician simplemente a todos, o sea, al público. El que todos puedan aprovecharlos sin disminuir su disponibilidad quiere decir que no concurre un requisito fundamental para su valorización monetaria: la escasez. Empleando las categorías de la economía política clásica, existe una discrepancia entre su valor de uso y su valor de cambio: la riqueza que representan en la medida en que satisfacen necesidades humanas no puede capturarse en el mercado, es decir no alcanza a ser monetizada, porque un bien que no es escaso mal podría ser objeto de intercambio, ni su valor apropiarse privadamente. A esto se refiere BAUWENS cuando menciona las características más importantes de la producción P2P (*peer to peer*), defendida por él como un “tercer modo de producción” más eficiente que la empresa privada y el sector estatal en el campo inmaterial: una de ellas es la producción de valor de uso para una comunidad de usuarios, en lugar de valor de

⁴²⁰ STIGLITZ, 2012, p. 1700.

⁴²¹ BOYLE, *op. cit.*, p. 20.

cambio para un mercado.⁴²² De acuerdo a esta perspectiva se puede identificar un interés privado orientado hacia la apropiación privada del valor de la producción inmaterial, en forma de valor de cambio, frente a un interés público que, por contraste, juega favor de la socialización de dicho valor, en tanto puro valor de uso, alegando como fundamento un hecho natural: la no escasez de los productos culturales. Se ve que el interés público así perfilado es un interés distributivo, porque su objeto es la distribución de un recurso no escaso, y su satisfacción consiste en que todos tengan derecho a disfrutarlo. En cambio el interés privado es conmutativo, porque pretende una igualdad exacta entre lo dado –el trabajo creativo– y lo recibido a cambio. Que uno es colectivo y el otro es individual, se aprecia con total claridad.

Pero justo aquí es donde empiezan nuestros problemas. Porque, a no ser que adoptásemos una perspectiva “escéptica” o un “punto de vista externo” al derecho para explicar por qué debe haber acceso a la cultura,⁴²³ no podríamos contentarnos con dar cuenta del interés del público como uno más entre otros intereses (los de los autores individuales, los de las empresas de la cultura, los de las instituciones bibliotecarias, etc.) en una verdadera lucha de todos contra todos por el reconocimiento legal, reconocimiento que dependería nada más que del grado de su influencia relativa en el proceso legislativo. No es tal nuestra intención; así ha

⁴²² BAUWENS, 2005.

⁴²³ V. FIGUEROA, *op. cit.*, p. 94. Nuestra caracterización de las funciones del derecho de autor obedece, de hecho, a un punto de vista externo, en cuanto atiende al derecho de autor desde la perspectiva de un instrumento que ha de servir para unos fines determinados. Esa perspectiva se justificaba por la ayuda que nos prestaba para responder una pregunta empírica –sociológica, si se quiere–: para qué se espera que sirva el derecho de autor. Pero deja de servir cuando lo que se requiere es justificar ciertas instituciones propias del derecho de autor.

quedado claro desde el momento en que hemos preferido, al modo dworkiniano, tomar al derecho de autor “en serio”. De todas maneras, es esencial notar cómo desde el origen mismo del derecho de autor el acceso a la cultura siempre ha estado presente, y su presencia nos resulta, por alguna razón, ineludible. Tan sólo piénsese en el plazo de protección de las obras: ¿cómo explicar su existencia, si lo que interesa es sólo proteger a los autores y derechohabientes? Sin embargo, cualquier teoría que pretendiera justificar de un modo competente el derecho de autor y sus instituciones protectoras, necesitaría también ofrecer una justificación convincente para la existencia de plazos que limitan la duración de la protección, así como para el hecho de que ellos nos parezcan por lo general una idea razonable pese a que contradigan el ideal de protección a los creadores.⁴²⁴ Y puesto que esa justificación, ciertamente, requeriría ser “interna” al sistema mismo, no resulta suficiente remitirla a unos intereses pre-legislativos, que como tales son necesariamente extrínsecos al derecho de autor.⁴²⁵

4.3. Lineamientos para una concepción no instrumental del interés público.

¿Existe siquiera, entonces, alguna manera de justificar, desde nuestro derecho de autor, aquél interés no propietario al que hemos venido aludiendo? A nivel doctrinario, la idea de dominio público, tal como la perfila BOYLE en su obra titulada precisamente “*The Public Domain*”, es ciertamente un candidato para esto, sobre todo porque remite a un concepto que ya tiene un lugar tradicional en la doctrina del derecho de autor, pero su énfasis parece estar limitado a la importancia de la cultura no propietaria para que exista a su vez más creatividad y

⁴²⁴ FIGUEROA, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁴²⁵ *Ibíd.*, pp. 96-97.

más innovación,⁴²⁶ y por lo tanto sigue permaneciendo dentro de una lógica utilitarista tan propia del copyright. Otra alternativa semejante es la idea de “cultura libre” propuesta por LESSIG,⁴²⁷ pero ella también parece limitarse a los usos creativos dejando a un lado a los no creativos, aunque por su énfasis lingüístico en la libertad para crear podría salvarse del razonamiento utilitarista. Ahora bien, pese a considerar que la libertad para reutilizar obras es una dimensión necesaria y muy relevante de lo que debiera entenderse por interés público, pensamos que no es suficiente para agotar su significado. Nos parece, en cualquier caso, que la legitimidad de los usos transformativos resulta defendida con creces en los trabajos de los autores recién citados, por lo que el lector interesado puede siempre remitirse a ellos.⁴²⁸ Por nuestra parte, preferimos no volver sobre el mismo asunto y pensar más bien en toda la gama restante de usos que no llegan a constituir

⁴²⁶ Compartimos el juicio de COHEN cuando apunta a las insuficiencias de algunos esfuerzos académicos por dar cuenta del “usuario” como sujeto relevante del derecho de autor; en particular señala al modelo del “usuario romántico” como uno “cuya vida es un ciclo interminable de sofisticados debates acerca de los eventos actuales, sagaces búsquedas en pos de las tecnologías de medios que más favorezcan la libertad, y producción casera de música de alta calidad, películas y software de código abierto” (“*whose life is an endless cycle of sophisticated debates about current events, discerning quests for the most freedom-enhancing media technologies, and home production of high-quality music, movies, and open-source software*”) (COHEN, 2005, p. 348). Es claro que la experiencia del público con la cultura protegida por derechos de autor no se traduce siempre en una perenne reutilización o *remix* de otras expresiones, sino que las actividades meramente consuntivas ocupan de hecho gran –sino la mayor– parte del espectro de sus conductas a este respecto, mas no por eso debemos desvalorizarlas o dejar que se proyecte una sombra de irrelevancia sobre ellas.

⁴²⁷ LESSIG, 2005, p. 38.

⁴²⁸ En general, pensamos que dicha legitimidad se asienta firmemente sobre de la libertad de expresión (que puede estimarse de interés público al ser un derecho de carácter fundamental y humano, esto es, universal) y, además, sobre las justificaciones del propio derecho de autor, en este caso del autor subsecuente o derivativo. Al respecto v. el interesante trabajo de DRASSINOWER, 2008b, pp. 113-118. Aceptar esto último equivale a afirmar que el interés público, en lo que respecta a usos transformativos, se confunde incluso con el interés autoral; claro está, eso sí, que este último debería entenderse como un interés universal, es decir, un interés vinculado a “la institución de la autoría” en el sentido de FIGUEROA (v. FIGUEROA, *op. cit.*, pp. 102-103), más que a tal o cual autor singular.

obras derivadas. Lo que buscamos es, en definitiva, un planteamiento que refleje el valor del acceso libre a la cultura como fin en sí mismo, tal como se tiende a ver, entre nosotros, a la protección del interés autoral como un fin en sí misma; para ello podría servir cualquiera de las etiquetas señaladas, pero en tal caso sería necesario ensanchar su significado a fin de incluir en ellas otro tipo de prácticas, no necesariamente creativas por sí mismas. Este ensanchamiento es lo que hace falta, y es lo que intentaremos acometer, por cierto que sin altas pretensiones, en lo que sigue.

4.3.1. El interés público como armonización de libertades individuales: el público como sujeto de derechos.

El derecho moderno, nos dice HABERMAS, gira en torno a la noción de derechos subjetivos, que corresponden a libertades subjetivas de acción, iguales para todos los individuos, encargadas de “fija[r] los límites dentro de los cuales un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad”.⁴²⁹ A la hora de hablar de derechos subjetivos resulta inevitable citar la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 4 se lee: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Esos límites sólo pueden establecerse por ley”.⁴³⁰ De modo que existe un interés público allí donde se plantea la exigencia de compatibilizar entre sí los derechos de cada individuo. Si los sujetos aceptan reconocerse mutuamente un ámbito

⁴²⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 147.

⁴³⁰ Cit. en *ibíd.*, pp. 147-148.

dentro del cual pueden disponer a su exclusivo arbitrio de aquellas obras que su intelecto haya creado, surge la necesidad de definir los límites de ese arbitrio en relación con los ámbitos de libertad propios de los demás, que les competan en cuanto autores así como en otros órdenes de relaciones jurídicas. De esta manera, puede decirse que el interés público se resuelve en los derechos subjetivos del público.

Decíamos antes que el interés del autor, en contra de lo que la mayoría asume, no puede equipararse a un interés por el control. Existe una razón de principio para afirmar tal cosa, y es esta: el derecho de autor no es tanto un derecho a la propia libertad de acción, como un derecho a controlar los actos libres de los demás.⁴³¹ Hace ya más de dos siglos CONDORCET planteó la pregunta precisa: “¿Tiene un hombre el derecho de prohibir a otro hombre que escriba las mismas palabras que él escribió primero? Esa es la cuestión a resolver.”⁴³² El derecho de autor, sutilezas aparte, consiste en una restricción a la libertad del público para emplear las mismas expresiones que otro han empleado primero, en cuanto ellas sean originales. En tanto sea cuestionable el alcance de dicha restricción, puede decirse que existe un interés de todos por conservar su libertad de acción. Nos encontramos así con un interés público que ya no tiene la forma de un objetivo colectivo, sino la de una agregación de libertades individuales: libertad para copiar, para comunicar, para transformar, para compartir, e incluso para emprender.⁴³³

⁴³¹ “*You cannot own information without owning other people*” (LONG, *op. cit.*).

⁴³² Cit. en BOYLE, *op. cit.*, p. 31 (“*Does a man have the right to forbid another man to write the same words that he himself wrote first? That is the question to resolve.*”).

⁴³³ Esta noción de interés público sigue de cerca la de HAYEK, para quien el mismo no debe dirigirse a la prosecución de fines colectivos deliberadamente definidos, ni tampoco a la satisfacción de determinados intereses individuales, los cuales ni siquiera pueden llegar a ser conocidos por la autoridad,

Claro está que esta perspectiva descansa en una consideración seria de los intereses subjetivos, individuales, del público que interactúa con las obras del intelecto. Desde hace poco más de una década han aparecido voces en la academia que, preocupadas por la ceguera maximalista de la propiedad intelectual y su radical desajuste con la cultura digital, han intentado elaborar modelos detallados acerca de la manera en que el público interactúa con las obras en su vida cotidiana, a fin de descartar la imagen mental de una masa receptora de imágenes y sonidos, que parecieran reflejar las prohibitivas normas del copyright. Uno de los primeros en abordar este punto ha sido Joseph LIU, quien contrasta la existencia de un relato o teoría del autor con la notable ausencia de una teoría análoga sobre el “consumidor” (es el término que él prefiere emplear; la terminología en este punto es variopinta) y sus legítimos intereses.⁴³⁴ Cuestiona, en primer lugar, la concepción dominante del público como “consumidor pasivo”, que básicamente lee, mira, escucha y hace poco más que eso.⁴³⁵ Algunos consumidores se llegan a convertir en autores, es cierto, y es por esto –fundamentalmente– que el derecho de autor no es un derecho absoluto; el interés de los autores subsecuentes es digno de protección también.⁴³⁶ Pero en cuanto al público propiamente tal respecta –esto

sino que más bien debe orientarse “hacia las condiciones para la preservación de un orden espontáneo que permita a los individuos satisfacer sus necesidades de maneras no conocidas por la autoridad” (HAYEK, 1998, p. 2; traducción propia).

⁴³⁴ V. en general LIU, 2003.

⁴³⁵ *Ibíd.*, p. 402.

⁴³⁶ *Ibíd.*, p. 404.

es, los no autores–, esta es una concepción que en cierto modo se condice con el mundo de las industrias masivas de medios y contenidos, pero que no da cuenta de la real complejidad de las prácticas culturales que definen lo que es ser humano. Por esto LIU plantea frente a la anterior una concepción del “consumidor activo”, al que adscribe tres clases de intereses: autonomía, comunicación y auto-expresión.⁴³⁷ Esto es: en primer lugar, libertad para elegir cuándo, dónde y en qué circunstancias consumir una obra (*grosso modo*: leer un libro por partes y no de una sola vez, adelantar escenas de una película, repetir ciertas pistas de un álbum musical, etc.); en segundo lugar, libertad para comunicarnos y compartir con otros ciertas obras, algo que muchas veces sirve para disfrutarlas y comprenderlas mejor (p. ej. prestarle un buen libro a un amigo, copiarle un CD de música a otro, invitar a varios amigos a ver una película a casa, postear un video en un foro de debate en Internet, etc.); y en tercer lugar, libertad para copiar obras de un modo que resulta sólo mínimamente transformativo, sin significar autoría (por ej., crear un disco o una *playlist* con canciones sacadas de diversos álbumes musicales, o crear una imagen sólo “copiando y pegando” otras, al modo de un collage sin pretensiones de originalidad artística).

COHEN, ampliando en esta misma vía, propone al “usuario situado” (*the situated user*) como una descripción fenomenológica que a su juicio capta mejor que otras la gama de conductas asociadas a un sujeto promedio que utiliza obras protegidas por derecho de autor. Este usuario es en primer lugar un consumidor de bienes culturales, pero cuya actividad no se limita a la realización de transacciones guiadas por la maximización de sus preferencias perfectamente definidas, sino que éstas son moldeadas en gran medida por las comunidades y redes sociales de las

⁴³⁷ *Ibíd.*, p. 406.

que forma parte y por todo tipo de circunstancias anteriores a la transacción, que incluyen a menudo situaciones de consumo fortuito, no intencionado. Segundo, el usuario situado utiliza bienes culturales de manera no transformativa para expresar sus propias creencias, valores e intereses; esto es, copia algunas obras para propósitos de auto-expresión (*self-expression*). Como tercer rasgo, este usuario se apropia de bienes culturales preexistentes como parte inevitable de su proceso de auto-desarrollo; y por último, se apropia de obras con propósitos creativos, visto el proceso creativo como una actividad de naturaleza lúdica (*creative play*) que involucra re-interpretar y reelaborar trabajos preexistentes.⁴³⁸ De estos caracteres mencionados por COHEN, el segundo y el tercero, especialmente, remiten a lo que planteara TUSHNET, quien –como señaláramos anteriormente–⁴³⁹ nos insiste sobre el valor expresivo involucrado en el puro copiar, como algo instrumental a nuestra capacidad de auto-expresarnos, de persuadir a otros y de participar en instituciones culturales, religiosas y políticas.

TEHRANIAN, por su parte, pone el foco sobre cómo los individuos requieren hacer partícipes a los objetos de su entorno, tanto a los materiales como aquellos inmateriales o simbólicos, en el proceso de desarrollo de su personalidad, y cómo de ésta manera pasan a ser cruciales para afirmar su autonomía individual, convirtiéndose en el centro de intereses morales (“*privacy interests*”) análogos a los que detentan los autores sobre sus obras. Partiendo de la observación de cómo el consumo ha pasado a ser, en las sociedades capitalistas modernas, un elemento central en la formación de las identidades personales, y de la afirmación –apoyada

⁴³⁸ Véase COHEN, 2005, pp. 370-373.

⁴³⁹ V. *supra*, 2.4.1.

en la psicología contemporánea y en la filosofía hegeliana— de que el desarrollo de cada ser humano como individuo autónomo requiere de mantener relaciones directas con partes del entorno y poder actuar sobre ellas, “personalizándolas” de acuerdo a los propios deseos,⁴⁴⁰ el autor mencionado plantea que, al estar nuestra relación con los “bienes simbólicos” mediada por leyes restrictivas de propiedad intelectual, y siendo aquéllos tanto o más importantes que los tangibles para individuos que desenvuelven gran parte de su existencia en un entorno digital, el derecho, y especialmente el derecho de autor, debería valorar suficientemente y contar con formas de acomodar estos intereses relativos a la formación de la propia identidad.⁴⁴¹ Y no sólo eso: también debería responder a la presencia de intereses de tipo expresivo, dada la manera en que a través del consumo de productos culturales los sujetos también buscan hacerse partícipes de diversos contextos sociales; es, por ejemplo, lo que ocurre hoy principalmente con plataformas de Internet como Facebook (y en menor medida con MySpace, sitio que TEHRANIAN usa como ejemplo), en donde los usuarios elaboran un perfil propio para exhibir al resto de sus contactos (y en parte a otros usuarios) incorporando información sobre sus gustos en cuanto a películas, series de televisión, marcas de alimentos, artistas y estilos musicales, etc. Para estos propósitos muchas veces

⁴⁴⁰ TEHRANIAN, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴⁴¹ “*Our identity interests therefore can become intermingled with and wrapped up in a form of property to which we technically, and legally, possess no ownership rights*” (“Nuestros intereses identitarios de este modo pueden entremezclarse y quedar envueltos con una forma de propiedad respecto de la cual técnicamente, y legalmente, no poseemos ningún derecho”). (Ibíd., p. 27). Nótese que en el contexto estadounidense es posible dar inmediatamente una forma jurídica a estos intereses, asociándolos al derecho a la privacidad (*right to privacy*), cuyo significado es, como aludimos anteriormente (v. *supra*, nota al pie no. 240), *prima facie* más amplio que el de nuestro contexto jurídico constitucional.

necesitan utilizar marcas o contenidos protegidos por derecho de autor (algo similar podría decirse de los blogs personales, etc.).⁴⁴²

Todas estas caracterizaciones del público pretenden identificar ciertos intereses específicos, que puedan corresponder a determinados tipos de acciones en las que sería mejor contar con una protección autoral más flexible. Su perspectiva de análisis es, en su mayor parte –exceptuando el trabajo de TEHRANIAN, quien al hablar de *privacy interests* está, a nuestro juicio, invocando un derecho a la autodeterminación individual–, empírica: destacan lo que los usuarios hacen o pueden desear hacer con las obras del intelecto. Se trata de intentos sin duda loables; sin embargo, creemos que la pretensión de buscar algo de valor en el acceso a la cultura no puede ser fructífera, en cuanto se desentienda de lo único que hace valiosas a todas las acciones voluntarias: la libertad. El célebre principio del daño acuñado por John Stuart MILL, nos dice que “la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”.⁴⁴³ Ocurre que el derecho de autor es un caso en que la ley prohíbe conductas que, en estricto rigor, no perjudican a nadie. Conocida es la réplica al difundido slogan de que “la piratería es robo”: cuando alguien roba un CD de música pasa a haber un CD menos en poder de su legítimo dueño, pero cuando alguien copia el mismo CD su dueño queda igual que antes, con el mismo disco en sus manos. Alguien podría objetar que el titular de los derechos de autor sí recibe un perjuicio por la pérdida de una potencial venta, toda vez que el

⁴⁴² *Ibíd.*, pp. 30-32

⁴⁴³ MILL, 1993, p. 65.

poseedor de la copia necesitaría habérsela comprado directamente a él o a sus intermediarios, de no haberse realizado dicha copia sin autorización, y que esta circunstancia justifica la prohibición. Pero la lógica de este razonamiento es perversa: extremando un poco las cosas, lo mismo sería afirmar que el esclavo que huye de su dueño está perjudicando a éste, porque si él no hubiese emprendido tal acto el esclavista habría podido usufructuar de su trabajo forzado sin interrupciones; ergo, la ley sí debería prohibir la fuga de esclavos. En ambos casos, quien alega un supuesto perjuicio es quien desde un principio ha dispuesto de la libertad ajena, es decir, quien ha causado daño a otro en primer lugar.

La pregunta fundamental aquí es si existe un derecho subjetivo a que no se nos prohíba, por ejemplo, copiar una canción. La LPI, por lo menos, no lo contempla, mientras que sí contempla el derecho del autor a prohibir la copia de sus obras protegidas. Uno podría acudir, tal vez, a las normas del derecho común: por ejemplo, invocar el derecho de dominio,⁴⁴⁴ aquel derecho a usar y gozar arbitrariamente de una cosa, para impugnar aquella prohibición general de copiar;⁴⁴⁵ pero esto sólo tendría éxito si olvidásemos convenientemente la segunda parte de la definición legal del dominio, que limita el espectro de aquel *ius abutiendi* frente al derecho ajeno y, en todo caso, a lo que la ley disponga. La única manera, entonces, de afirmar que existe un derecho a la libertad de copiar es cuestionando la validez o, a lo menos, la legitimidad de las normas legales que consagran el derecho de autor. Para eso se necesitaría defender aquella libertad, o mejor dicho la libertad de acción en general, como un derecho natural, esto es, un derecho cuya validez no dependiera de la ley positiva, y por lo tanto, en cierto

⁴⁴⁴ Art.582 CC.

⁴⁴⁵ V. la crítica al derecho de autor en base al derecho de propiedad en *supra*, 2.3.

modo como un límite a la potestad del legislador. Así es, de hecho, como la concibe buena parte de la tradición liberal representada por MILL. Pero este es un camino demasiado problemático y riesgoso, por cuanto implica introducir de lleno la política en el derecho, situando al individuo directamente en contra del Estado. No obstante, hay formas de seguirlo que no parecen tan descabelladas a primera vista: recurriendo, por ejemplo, a la reivindicación de los derechos humanos que, según mostramos antes, entran en directa confrontación con el derecho de autor. Hacia el final de este trabajo emitiremos nuestro juicio acerca de esta alternativa.

4.3.2. El interés público como interés comunicativo: autoría, comunicación y participación cultural.

Nos parece, de todas maneras, que existe un camino plausible para darle sentido al interés público del que hablamos, que ni siquiera exige asumir una postura antagónica a la del autor. Se trata de defender el interés de éste mismo en hacer pública su obra. Lo esencial para estos efectos es comprender que la creación autoral no es una práctica monológica sino dialógica. Desde esta perspectiva, DRASSINOWER ha formulado una caracterización bastante útil sobre la especificidad del derecho de autor frente al derecho de marcas, y de ambos respecto del derecho de patentes: mientras que la invención consiste en el descubrimiento de alguna nueva forma de manipular la naturaleza, de la cual se da posterior noticia pública, las obras originales y las marcas son por su parte comunicaciones en las que el autor se dirige al público a fin de interactuar con él. Lo anterior significa que el objeto de una patente –la invención– es “un acto con respecto a la naturaleza”, es decir “una relación entre una persona y una cosa”, al tiempo que el objeto de un derecho de autor –una obra intelectual–, así como el de

una marca comercial, es en cambio “una relación entre personas”.⁴⁴⁶ Por otro lado, mientras que la designación por marcas, cuyo servicio es básicamente distinguir productos, se dirige al público con el fin de invitar a sus integrantes a realizar transacciones en el mercado, por otro lado la autoría de obras del intelecto es en su concepto una interpelación al público que se caracteriza por cuanto “invita y provoca el diálogo a propósito de las ideas a que [dichas obras] dan forma expresiva”.⁴⁴⁷ En nuestro concepto, este planteamiento de DRASSINOWER equivale a afirmar, en otras palabras, que el sentido de la autoría puede y debería ser visto ante todo como el impulso de una práctica comunicativa cuyo desenvolvimiento encuentra su lugar ya no en una palestra de compradores y vendedores, o proveedores y consumidores, sino en otra clase de dimensión, que sería más bien la de una comunidad de seres humanos inmersos en un diálogo que busca dar significado a su existencia conjunta en un mundo compartido.

El derecho de autor siempre ha descansado sobre una cierta representación de la divulgación creativa, al modo de una relación que requiere necesariamente de dos términos: autor y público. Parece como si el propio lenguaje del derecho de autor evocara la imagen de una práctica intersubjetiva que no tiene lugar solamente entre dos individuos, al modo de quien vende y quien compra, o quien provee y quien consume. El mero hecho de hablar de un público y no de clientes o consumidores ya nos sugiere, por otro lado, que el auto-interés característico de las transacciones comerciales no es el verdadero eje de la divulgación autoral.

⁴⁴⁶ DRASSINOWER, 2008a, p. 218; PIEVATOLO, 2007, p. 3.

⁴⁴⁷ DRASSINOWER, 2008a., p. 204.

En verdad el público, aun cuando se le aluda como a un mero receptor quieto de la obra, es sin duda parte esencial del proceso creativo, puesto que “la creación, cualquiera sea su índole, se caracteriza por el deseo de comunicación; no hay autor que no desee, a través de su obra, entregar al público lo mejor de sí mismo, sin que puedan dissociarse los elementos de la trilogía fundamental autor-obra-público”.⁴⁴⁸ Y es que la autoría, entendida como práctica social, no es otra cosa que una forma de comunicación,⁴⁴⁹ en la que una persona exterioriza su propio talento y capacidad personal –en una palabra, su individualidad– en la forma de un mensaje –la obra– cuyo destino es ser apreciado por los otros. Las circunstancias de esta comunicación, diferentes en cada época social, se caracterizan actualmente por la generalización –o absolutización, revolución digital mediante– de la reproducción, de manera tal que las obras van desde cualquier punto geográfico, muchas veces diferidas en el tiempo pero en un entorno potenciado por la comunicación en tiempo real, al encuentro de un público difuso, atomizado y distante en el espacio, que las recibe en forma individual, y lo hacen predominantemente por mediación de un sistema de redes interconectadas cuyo alcance es global; ello en amplio contraste con el mundo antiguo, en donde la reproducción casi no existía y reinaba la representación frente a públicos siempre locales, acotados, presentes en el mismo tiempo y lugar, que iban al encuentro de las obras y cuya recepción de éstas era generalmente colectiva.⁴⁵⁰ No deja de ser relevante el que la manera típica de

⁴⁴⁸ BÉCOURT, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁴⁹ La consideración de la obra como elemento comunicativo no es nueva. Como señala BARRON, fue KANT quien en sus reflexiones sobre la ilicitud de la impresión no autorizada de libros, trazó primero algunas líneas fundamentales en esa dirección (BARRON, 2012, pp. 20-26). V. t., sobre todo, DRASSINOWER, 2008a.

⁴⁵⁰ BÉCOURT, *op. cit.*, p. 5.

entrar en contacto con las obras ya no sea por medio de copias físicas, sino mediante el acceso digital a contenidos inmateriales a través de computadoras personales y dispositivos inteligentes, para cuya aprehensión se emplean principalmente los sentidos de la vista y la audición⁴⁵¹ (aparte de la interacción más compleja que significa el uso de obras de *software*). La tecnología, según esto, no aparece nunca como un elemento exógeno al proceso creativo, sino que ocupa un primer plano caracterizando los respectivos roles de autor y público.

Todo lo anterior podría parecer un tanto obvio; sin embargo, cuando se estudia el derecho de autor considerándolo una propiedad intelectual sin más, es muy fácil olvidar algo tan básico como que la creación intelectual es, antes que una fuente de control, una práctica social mediante la cual buscamos entendernos con los demás. Lo que ocurre es que esta acción comunicativa, al insertarse en un contexto social y normativo como el que hemos tenido ocasión de examinar en los capítulos anteriores, pasa a desempeñar otra clase de funciones y a configurar roles de otra índole: así ocurre con el carácter de transacción monetaria que impregna a la difusión cultural, presente desde la aparición de la imprenta y en medida creciente con el desarrollo del capitalismo, cuestión que ha hecho del público hoy, a la par de un receptor de mensajes culturales, cada vez más un consumidor de productos creativos en un mercado de ideas y bienes simbólicos, y ha transformado también análogamente el rol de los autores, que han ido pasando de

⁴⁵¹ GINSBURG, *op. cit.*, p. 2 (“*Until now, a great deal of the enjoyment of works of authorship was possessive and tactile. (...) None of this matters when we apprehend a work through digital access. The only reason to access a work, when one can’t retain a copy, is to read, look at, or listen to it immediately*” [“Hasta ahora, una gran parte del disfrute de obras del intelecto era posesivo y táctil (...) Nada de esto importa cuando aprehendemos una obra a mediante acceso digital. La única razón para acceder a una obra, cuando uno no puede retener una copia, es para leerla, mirarla, o escucharla inmediatamente”]).

ser creadores independientes a productores⁴⁵² subordinados a la “industria cultural” capitalista, comandada por entes corporativos que median el proceso social de interacción cultural en un contexto de “comodificación” de las expresiones, asemejando la actividad creativa más a una producción racionalizada que a un “juego” de movimientos muchas veces espontáneos y resultados impredecibles.⁴⁵³

Al considerar más de cerca aquel vínculo autor-obra-público, aparece la importancia de repensar algunos aspectos jurídico-formales de ese acto comunicativo que constituye la divulgación o publicación de la obra. Puede notarse desde ya un claro contraste con otro tipo de comunicación que interesa al derecho: las comunicaciones privadas.⁴⁵⁴ La nota definitoria de esta clase de comunicaciones es la capacidad del remitente para elegir a los destinatarios

⁴⁵² “La definición y el papel del artista ha cambiado en las cinco últimas décadas a través de una suerte de profesionalización académica y su inscripción en el mercado de bienes simbólicos. Por eso (...) resulta obvio que el fruto del trabajo creativo no es ya para el espíritu sino para el mercado y el entretenimiento. El artista romántico devendría así a fines del siglo XX un productor, simbólico pero productor...” (LÓPEZ CUENCA, 2009, p. 86).

⁴⁵³ Sobre el particular véase la ya clásica obra de HORKHEIMER y ADORNO, 1969. Podría decirse algo semejante, sin duda, sobre aquella parte de la cultura a la que se asigna el estatus de conocimiento o saber, y sobre la forma en que el derecho de autor ha contribuido, en este caso, no tanto ya a su comodificación como más bien a su burocratización. Para una reflexión sobre la naturaleza del proceso creativo y de la cultura en general como juego (“*the play of culture*”) de experimentación fortuita y resultados inesperados, que sólo puede tener lugar al interior de una trama de múltiples factores contextuales, v. en general COHEN, 2007; en particular v. p. 1190 y ss., “*The Play of Culture*” (“*A critical ingredient is the ‘play’ that multiple networks of culture afford, including not only the extent to which they permit purposive creative experimentation, but also the extent to which they enable serendipitous access to cultural resources and facilitate unexpected juxtapositions of those resources*”).

⁴⁵⁴ V. art. 19 N° 5 CPR (“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 5°.-La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”).

exclusivos de su mensaje,⁴⁵⁵ razón por la cual no puede existir en ellas algo que pueda llamarse un público, y que las vuelve justamente lo opuesto de una comunicación cuyo carácter sea público. *A contrario sensu*, comunicación pública sería en principio aquella en que el emisor no puede elegir a sus destinatarios. Lo que interesa al derecho de autor, el tipo de acto que es regulado por él, es fundamentalmente la comunicación pública⁴⁵⁶ (las reproducciones, de acuerdo a DRASSINOWER –y a KANT, según él–, no deberían ser relevantes sino como instancias de comunicación pública, eso es, del acto de dirigir un discurso al público en nombre del autor),⁴⁵⁷ pero, tal como ella se encuentra definida por la LPI,⁴⁵⁸ tiene como nota particular el atribuir al emisor original de un mensaje una exclusividad de emisión por un más bien extenso período de tiempo (setenta años desde la muerte del autor por regla general, según la legislación chilena vigente). Prohibiendo la reproducción, comunicación pública, transformación y distribución no autorizadas, la ley permite al titular ejercer un control potestativo sobre los canales de comunicación de la obra protegida, y así imponer su voluntad unilateral con respecto a quiénes pueden acceder a ella, es decir, a su mensaje. Los derechos de exclusividad autoral buscan garantizar así que nadie acceda al

⁴⁵⁵ ÁLVAREZ VALENZUELA, 2004, p. 191.

⁴⁵⁶ V. art. 19 LPI (“Artículo 19. Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”).

⁴⁵⁷ V. DRASSINOWER, 2008a.

⁴⁵⁸ V. art. 5 letra v) LPI.

contenido protegido sino a través o con la venia del respectivo titular en cada ocasión.

Pero ¿no es esa la misma forma en que opera el derecho a la privacidad?⁴⁵⁹ En muy gruesas líneas, lo que entendemos por privacidad tiene como uno de sus aspectos fundamentales el derecho a rechazar intromisiones o difusiones cognoscitivas,⁴⁶⁰ sobre cierta información cuyo contenido se estima como digno de protegerse del conocimiento ajeno, por cuanto éste es capaz de provocar –por expresarlo en un lenguaje toscamente jurídico– daños a la personalidad. Es, en otras palabras, un derecho de exclusividad sobre cierta información, incluida aquella que se comunica a ciertos y determinados receptores dentro de la esfera privada del emisor. Resulta interesante el paralelo entre la comunicación pública y la privada, porque la manera en que opera el derecho de autor termina asimilando en gran medida las primeras a las segundas, haciendo que valga la pena preguntar qué las diferencia conceptualmente al fin y al cabo, es decir en qué se justifica el uso de los adjetivos “pública” y “privada”. Lo decisivo no parece ser el contenido: no cabe duda de que si una persona decide voluntariamente divulgar información sobre su vida o sus relaciones íntimas, esa divulgación no podría tenerse por comunicación privada ni gozar de la inviolabilidad que el derecho le garantiza, pese a que por su contenido esa sea información íntima o privada.⁴⁶¹ Quizá avancemos algo al aceptar que, al igual que en todos los actos humanos voluntarios (al menos en los que no media violencia ni daño), la materialidad de las

⁴⁵⁹ V. art. 19 N°s. 4 y 5 CPR.

⁴⁶⁰ CORRAL TALCIANI, 2000, p. 347.

⁴⁶¹ Salvedad hecha de los eventuales alcances del derecho al olvido, cuya data en el mundo jurídico es aún muy reciente.

circunstancias no es lo que en definitiva produce aquí las consecuencias normativas del caso, sin que concurra una determinada intencionalidad de parte del agente. En otras palabras: si una comunicación es o no privada –no quedando más que considerarla, en este último caso, como pública– es porque el emisor, sin ambigüedades, así lo ha querido y manifestado.

Frente a un derecho de exclusividad hay que distinguir entre el tipo de deber jurídico exigible, y el interés legalmente tutelado. Así, mientras lo pretendido es una incognoscibilidad relativa (en el caso de comunicaciones privadas) o absoluta (para informaciones que no han sido comunicadas) de la información, el deber jurídico no puede consistir en no conocer, porque el conocer es obviamente un proceso psíquico que escapa a la competencia de cualquier legislación jurídica; sólo puede tratarse, por tanto, de un no (re)comunicar, o no hacer cognoscible la información por terceros, sin autorización. Estamos ante un caso en que el derecho y el deber no son simétricos, pero son igualmente correlativos por virtud de un enlace funcional: que yo tenga derecho a que nadie (más) conozca cierta información equivale a que todos tienen el deber de no comunicarla por sí mismos, porque eso es todo lo que el derecho puede prescribir como medio para satisfacer aquel interés. Ahora bien, el derecho de autor es un derecho de exclusividad, que sin embargo no se fundamenta en un interés por la incognoscibilidad. Si lo hiciera, entonces no sería más que una faceta adicional del derecho a la privacidad, y las obras protegidas serían, en cuanto tales, mensajes privados. Pero afirmar esto sería un sinsentido, desde que el acto que da nacimiento al derecho patrimonial (no al moral, que existe desde la creación de la obra) de autor es cabalmente una

“divulgación”⁴⁶² o “publicación”.⁴⁶³ Hay que hacer hincapié en esto: las obras del intelecto pueden perfectamente tener la naturaleza jurídica de, y funcionar como, información privada.⁴⁶⁴ Esto lo posibilita el derecho moral de inédito,⁴⁶⁵ que no es otra cosa que el derecho exclusivo de divulgación de la obra expresado de modo negativo. Si el autor no tiene la intención de divulgar la obra, el derecho ampara su pretensión de no hacerla públicamente conocida, y no hay nada que le impida seleccionar a un grupo reducido de destinatarios instruyéndoles sobre no difundir la obra, es decir, comunicárselas en privado, quedando ellos legal e incluso constitucionalmente⁴⁶⁶ obligados a cumplir con esa exigencia. Pero hay que

⁴⁶² V. art. 6º LPI. “La divulgación constituye, pues, la última manifestación de la soberanía del autor: la relación de creación que lo unía a su obra queda sustituida por una relación de comunicación entre el autor y el público” (BÉCOURT, *loc. cit.*). TEHRANIAN repara, a propósito, en cómo el acto de publicación de la obra tradicionalmente producía como efecto, en el derecho estadounidense, no una expansión sino una contracción de los derechos del autor, los que se reducían tanto en su alcance temporal como en el espectro de conductas que el titular podía controlar; así, una vez divulgada la obra el público adquiriría mayores derechos de uso justo e incluso derechos de acceso a través de ciertas licencias no voluntarias, lo cual denotaba un reconocimiento de los intereses culturales de quienes participan de las obras como usuarios (véase TEHRANIAN, *op. cit.*, pp. 62-64).

⁴⁶³ V. art. 18 letra a) LPI.

⁴⁶⁴ Esto fue planteado, de hecho, por WARREN y BRANDEIS en su fundacional artículo sobre el derecho a la privacidad (titulado en inglés “*The right to privacy*”): “...la protección otorgada a los pensamientos, sentimientos y emociones manifestados por escrito o en forma artística, en tanto en cuanto consista en impedir la publicación, no es más que un ejemplo de la aplicación del derecho más general del individuo a no ser molestado. (...) El principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona” (WARREN y BRANDEIS, 1995, pp. 44-45).

⁴⁶⁵ Art. 14 N° 3) LPI: “Artículo 14.- El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades: (...) 3) Mantener la obra inédita”.

⁴⁶⁶ Esta afirmación implica la tesis de que el derecho moral de inédito se basa en el derecho fundamental y humano a la privacidad, lo cual tiene, pensamos, pleno sentido. Siendo así, la exclusividad de la información en cuestión sería entonces sin duda la regla general, y la licitud de su comunicación por un

preguntar a qué autor con vocación de tal le convendría algo así. Probablemente, a ninguno.⁴⁶⁷ Es, por tanto, sin duda un interés del propio autor, en cuanto autor, el que las obras lleguen a conocimiento del público. Y por consiguiente es perfectamente lógico concluir que el autor que divulga está, mediante ese acto, manifestando una renuncia a la exclusividad perfecta que le garantiza la ley sobre la comunicación de su obra.

El autor tiene, aun sin dejar de actuar como un vendedor de su trabajo, un lógico interés en dar su obra a conocer, pues de otra forma no se explica que renuncie al secreto pleno en pos de la luz pública; por el contrario, esto resulta sencillo de entender una vez que se reconoce que la obra no es –contrario a la retórica usual de la propiedad intelectual– una mera cosa, sino la objetivación de un acto, de una comunicación cuya índole y vocación es pública. De hecho, es algo más que eso. Resulta útil traer al caso una distinción empleada por el filósofo Régis DEBRAY⁴⁶⁸ entre dos órdenes de prácticas significativas, distintos aunque muy relacionados entre sí: el del comunicar y el del transmitir. La información se comunica; la cultura, en cambio, se transmite. La principal diferencia yace en la dimensión temporal, en un caso sincrónica y en el otro diacrónica: quien comunica un mensaje público quiere llegar al mayor número posible de receptores presentes,

tercero la excepción, que en cualquier caso podría fundarse solamente en la concurrencia simultánea de otro derecho fundamental o humano.

⁴⁶⁷ KINSELLA refiere el caso de Andrew J. GALAMBOS, quien era un serio proponente de que los derechos de propiedad intelectual fuesen absolutos y perpetuos, pero cuyas ideas son irónicamente muy difíciles de encontrar dado que él mismo, al enseñarlas, prohibía que sus estudiantes las diseminaran (v. KINSELLA, *op. cit.*, p. 9, nota al pie no. 31).

⁴⁶⁸ V. en general DEBRAY, 1997.

mientras que aquel que transmite significados culturales lo hace con la pretensión de que éstos perduren el mayor tiempo posible. Así es como se diferencia, por ejemplo, la labor de un periodista (comunicador de informaciones) de la de un maestro (transmisor de saberes), las cuales cuentan con su respectiva panoplia de instrumentos, canales, instituciones y prácticas, bastante distintas entre sí, para desarrollar su cometido.⁴⁶⁹

¿Qué aliento poético no pretende sobrevivir a su inspiración? ¿Qué chispa de sentido no pretende incendiar la llanura? Ahora bien, para una exitosa travesía del tiempo, para *perennizar*, debo (yo, emisor cualquiera) a la vez *materializar y colectivizar* (...), porque la materia conserva las trazas (...), [y] porque sólo los vivos pueden reanimar el sentido que duerme en las trazas.⁴⁷⁰

¿Qué autor no quiere dejar con su obra un cierto legado, un significado digno de ser recordado a través del tiempo, es decir, transmitido? DEBRAY nos enseña que todo mensaje, o más bien toda herencia cultural debe incorporarse (tomar cuerpo) para sobrevivir a su naturaleza efímera, transitoria. La incorporación de expresiones a través de signos y soportes cumple el objetivo de trasladar un pasado hacia el presente,⁴⁷¹ donde lo que sobrevive no es el individuo,

⁴⁶⁹ *Ibíd.*, p. 21.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, p. 26. Las cursivas son del autor.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, p. 101.

que inevitablemente muere, sino el colectivo, y de ahí la naturaleza política –según DEBRAY– o, si se quiere, “pública” del transmitir:

Transmitimos para que lo que vivimos, creemos y pensamos no muera con *nosotros* (más que conmigo) (...).⁴⁷²

Al horizonte individualista de la comunicación (...) se opone en nuestra opinión la naturaleza militante y sufriente de toda transmisión. El individuo aislado, esa ficción comunicacional, opera aquí en cuanto miembro de un grupo (aunque sea el que él quiere fundar), y en los procedimientos codificados que señalan su distinción con respecto a los otros grupos. (...) Si la comunicación es interindividual, la transmisión tiene métodos colegiados y marcos colectivos.⁴⁷³

En otras palabras, las ideas y discursos existen siempre para inquietar, conmover, movilizar, congregar gentes. Ninguna genuina creación del intelecto puede pretender escapar a ese diálogo multiforme y multilateral con el tiempo y con los semejantes, tan propio de lo que significa ser humano. Aunque si recordamos lo planteado por BAUDRILLARD,⁴⁷⁴ en la sociedad del consumo la cultura resiente de hecho su degradación al estatus de lo efímero, de la información de actualidad que sólo existe para comunicarse y no para transmitirse. Sea como sea, queda claro lo inconcebible que es un autor divulgando para relacionarse

⁴⁷² *Ibíd.*, p. 18. Cursivas del autor.

⁴⁷³ *Ibíd.*, pp. 20-21.

⁴⁷⁴ *V. supra*, 2.2.

consigo mismo. Producir cultura es siempre, como lo entendiera Hegel, enajenarse a sí mismo para encontrarse en el mundo de los seres humanos.⁴⁷⁵

Nada de lo anterior implica desconocer que es la persona individual del autor quien como tal dirige su mensaje al público desde sí mismo, y que de allí emerge su otro interés característico: ser reconocido como hablante o emisor, en lugar de que su obra se diluya simplemente en una corriente anónima de pensamientos. Por esto KANT tenía razón cuando, al preguntarse por la reimpresión no autorizada de libros, conceptualizó al acto de reimpresión como un “dirigir un discurso al público en nombre del autor”,⁴⁷⁶ y al libro en sí, por su naturaleza público-discursiva, como algo “propio” no en el sentido del dominio, sino en el de “negocio propio”,⁴⁷⁷ esto es, de un asunto –la comunicación de aquel mensaje al público– sobre el cual el autor es responsable exclusivo. No obstante, vale la pena notar que conforme a las reglas generales del derecho civil, cualquier negocio es susceptible de agencia oficiosa por un tercero que pretenda secundar al interesado, sin que éste tenga acción para prohibir dicha gestión, sino sólo para

⁴⁷⁵ “Por tanto, aquello mediante lo cual el individuo tiene aquí validez y realidad es la *cultura*. La verdadera *naturaleza originaria* y la sustancia del individuo es el espíritu del *extrañamiento* del ser *natural*” (HEGEL, 2009, p. 290; cursivas del autor); “En efecto, el poder del individuo consiste en ponerse en consonancia con la sustancia, es decir, en enajenarse su sí mismo y, por tanto, en ponerse como la sustancia objetiva que es. Su cultura y su realidad son, por tanto, la realización de la sustancia misma” (ibíd., p. 291).

⁴⁷⁶ KANT, 1994, pp. 83-84.

⁴⁷⁷ “*The publishing [of the work] is now a speech to the public (by printing) in the name of the author, consequently a business in the name of another*” (“La publicación [de una obra] es un discurso dirigido al público en el nombre del autor, y por consiguiente un negocio hecho en el nombre de otro”) (KANT, *loc. cit.*; traducción propia).

exigir indemnización de perjuicios en caso de mala administración.⁴⁷⁸ Aunque KANT no llega a esta conclusión, creemos que su planteamiento deriva lógicamente en la licitud de secundar al autor en su comunicación al público, sin necesidad de autorización previa.⁴⁷⁹ Con todo, estamos aquí frente a una clase de negocio (el discurso) que no es posible de llevarse a cabo sino expresamente en el nombre del autor;⁴⁸⁰ la gestión *nomine proprio* vendría a ser suplantación o plagio, y de ahí la exigencia de respetar la paternidad del autor. De acuerdo a BARRON, la justicia de esta pretensión de paternidad exclusiva sobre la obra se debe a que el autor está usando su propia razón (en el sentido kantiano del sujeto ilustrado), obedeciendo el principio de agencia racional de “pensar por sí mismo” y no a través de los dictados de otro.⁴⁸¹ A esto debemos sumar la idea kantiana de que toda expresión humana original, siendo ante todo una manifestación del pensamiento o una pieza de discurso, posee una diferencia ontológica con el conjunto de las cosas u objetos inertes, e incluso con los actos humanos que se dirigen hacia la naturaleza objetiva (*i.e.* el trabajo), idea que le permite distinguir claramente entre la obra como materialización (fijación en un soporte) de un trabajo del autor (*opus*) y la obra como discurso (*opera*), al punto que ve a la

⁴⁷⁸ V. art. 2290 CC.

⁴⁷⁹ Extrañamente, KANT parece pensar que la gestión de un negocio de otro en su nombre requiere de un contrato previo entre el interesado (el autor) y el gerente (en el ensayo de KANT, el editor de libros), y de allí deduce la ilicitud de la impresión (reproducción) no autorizada de libros; pero esto no es así, al menos en nuestro derecho civil, salvo en cuanto la prohibición expresa del interesado, por lo general, perjudica el derecho del gerente a ser reembolsado de los gastos de su gestión (v. art. 2291 inc. primero CC).

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, p. 86.

⁴⁸¹ BARRON, *op. cit.*, pp. 25-26.

primera como una cosa objetiva susceptible de enajenarse como cualquier otra, y a la segunda como un acto comunicativo que exterioriza la personalidad y pensamientos del autor hacia el público, y que por ende no cesa de pertenecerle a aquél.⁴⁸²

Las consideraciones anteriores pueden servir para dar un nuevo sentido jurídico al interés público en el acceso a las obras del intelecto: es el propio autor quien tiene un interés en que el público acceda a su obra. Él mismo es quien entra voluntariamente en una relación comunicativa con el público, manifestando de manera inequívoca que desea compartir lo que creó. El público que utiliza, reutiliza y comparte (distribuyendo, reproduciendo o comunicando públicamente) la obra no hace más que responder a ese deseo cooperando voluntariamente y de buena fe con él (a la manera del agente oficioso). El acceso a la cultura y al conocimiento resulta ser, de este modo y hasta cierto punto, un interés en común. Lógicamente la comunidad de intereses termina a partir de allí donde el autor deja de recibir el fruto íntegro de su trabajo. Pero su decisión ya fue hecha; *venire contra factum proprio non valet*. Desde el momento en que el autor ofrece su obra al público, ésta pasa a integrar las posibilidades lícitas de su expresividad. El interés del público comienza, así, a chocar con el del autor: libertad (constitucional) de expresión versus derecho (¿natural?)⁴⁸³ a una justa remuneración. Por esta razón, si había una exclusividad perfecta antes de divulgar, con posterioridad a ello la ley busca resolver el conflicto garantizándole una

⁴⁸² KANT, 1994, p. 84. Puede ser cierto que KANT consideró exclusivamente a la escritura como expresión legítima del pensamiento (PIEVATOLO, *op. cit.*, p. 4), y que por tanto sus reflexiones sobre el derecho de autor alcanzaran sólo a las obras literarias. Pero nosotros no vemos razón para acogernos a su enfoque restrictivo.

⁴⁸³ Hacia el final del este trabajo nos haremos cargo del carácter “natural” del derecho de autor y su relación con el campo de los derechos humanos (v. *infra*, 5.2).

exclusividad de menor intensidad, lo que se traduce en una duración limitada y numerosas limitaciones y excepciones específicas al control exclusivo. Y debería traducirse además, pensamos, para el momento de la aplicación judicial de estas reglas, en una interpretación no restrictiva de estas últimas, junto a una distribución de la carga probatoria favorable al demandado, con fundamento en el hecho de la divulgación, que importaría, para nosotros, una renuncia a la exclusividad total.

4.4. Conclusiones.

En este capítulo hemos reflexionado con mayor detención en torno a la posibilidad de dar un substrato jurídico a la idea de que existe un interés público en el acceso a la cultura, y de que ello justifica contar con ámbitos en que el derecho de autor no debería regir, o debería regir con menor intensidad. La estrategia fue doble: reivindicar las libertades del público, por un lado, y por el resaltar la naturaleza dialógica y participativa de la actividad creativa, procurando en todo caso no abandonar la perspectiva propia del derecho de autor europeo continental –de la cual nuestro sistema es heredero–, centrado en la persona individual del autor y en el valor intrínseco de su labor intelectual, más que en el rol del Estado como agente dedicado a fomentar la creatividad para el mayor bien de todos. El resultado final, por ambas vías, puede verse como un cuestionamiento a fondo de la Ley de Propiedad Intelectual vigente, y en general de lo que significa universalmente un régimen de derechos de autor, que bien puede llevar a interpretar los textos normativos de una manera distinta, pero sin dejar de reconocer en la rigidez de los mismos una fuente de permanentes dificultades y conflictos.

5. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS HUMANOS: POSIBILIDADES PARA UNA RELECTURA

5.1. El derecho de autor en el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde hace algún tiempo existe un interés creciente en la academia por trazar vínculos entre el derecho de autor y el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁸⁴ Sea que ello obedezca a la tendencia reinante del neoconstitucionalismo, con su acento en la llamada constitucionalización del derecho privado y en el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales, o sólo a la esmerada búsqueda de contrapesos normativos a la expansión maximalista de la propiedad intelectual, lo cierto es que se acude con cierta frecuencia a ese tipo de fuentes jurídicas, que han pasado a ocupar un lugar central en cualquier análisis sobre la materia.

Los textos atinentes son principalmente dos: el artículo 27 de la DUDH, y el artículo 15.1 del PIDESC, ambos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –aunque recordemos que sólo el segundo de ellos tiene carácter de norma vinculante para los Estados signatarios–. Además existe una mención en la DADDH, documento antecedente de la Organización de Estados Americanos

⁴⁸⁴ Véase p. ej. BUSANICHE, 2016; CHAPMAN, 2001; CORREA, 2009; GERVAIS, 2008a; GREEN, 2000; HELFER, 2007; SHAVER, *op. cit.*; SHAVER y SGANGA, 2010; TORREMANS (ed.), 2004; entre otros.

(OEA). Por su importancia transcribiremos dichos textos a continuación. El primero reza como sigue:

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho 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.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

El segundo, en tanto, dice así:

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

La Declaración Americana, por último, aunque cronológicamente anterior a la Declaración Universal, contiene el siguiente texto, bastante similar al de aquélla:⁴⁸⁵

Derecho a los beneficios de la cultura.

Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

¿Cómo interpretar estos textos? Hay quienes los leen como una consolidación definitiva de la soberanía del individuo creador, de modo que vendrían a significar una elevación del derecho subjetivo de autor a la cúspide de la jerarquía ética y, en algunos casos, jurídico-normativa, brindándole el reconocimiento de un derecho consustancial a la persona humana. ANTEQUERA PARILLI, por ejemplo, es de esta opinión,⁴⁸⁶ al igual que LIPSZYC,⁴⁸⁷ dos tratadistas de autoridad en el ámbito hispanoamericano (aunque ninguno de ellos realiza un comentario detallado de las disposiciones). Para otros, en cambio, los artículos citados sugieren algo diferente. Y es que la interpretación mayoritaria de

⁴⁸⁵ De hecho constituyó un factor decisivo en la aprobación de art 27.2 de la Declaración Universal, al haberse firmado el texto americano sólo seis meses antes que el de la ONU (GREEN, 2000, p. 5).

⁴⁸⁶ ANTEQUERA PARILLI, 2007, pp. 30; 176.

⁴⁸⁷ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 39.

ellos (en especial aquellos suscritos dentro del marco de la ONU, en cuanto han merecido la mayor atención de parte de la academia) infiere de su texto la exigencia de una institucionalidad de protección a los autores –ni siquiera un régimen monopolístico de propiedad intelectual, como el que tradicionalmente han implementado y mantienen hoy las diversas legislaturas del mundo– mucho menos draconiana y restrictiva que la actual. Y veremos que, efectivamente, la evidencia a favor de una lectura de este tipo parece otorgarle la razón.

5.1.1. Interpretación, gramatical, lógica y sistemática de los textos.

Una primera cosa a destacar es que ninguna de las disposiciones contiene expresiones tales como “propiedad intelectual”, “derecho(s) de autor” o “copyright”. La DADDH cuando mucho alude a los objetos de protección típicos del derecho de patentes (“inventos”) y de autor (“obras literarias, científicas y artísticas”), estos últimos en términos casi idénticos al Convenio de Berna, pero elude mencionar lo que es por antonomasia su dispositivo legal de protección. Una omisión extraña e incómoda para quien sostenga que el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado precisamente al actual derecho de autor como un derecho humano. ¿Por qué sería necesario un rodeo tan artificial, para referirse a algo que en aquel entonces ya gozaba universalmente de un nombre propio y estable? Otro rasgo llamativo es el curioso orden de los incisos o letras: la alusión a los intereses de los autores aparece en ambos casos en último lugar, casi como en un segundo plano frente a la afirmación de un universal derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico. Nuevamente, si el propósito era una consagración decidida del derecho de autor, ¿por qué no situarlo, como es natural, justo a continuación del epígrafe? No se trata tanto de jerarquización normativa como de ordenación lógica: un artículo

siempre debería ir de lo principal a lo accesorio, de lo esencial a lo accidental, de lo primario a lo secundario, pues de lo contrario el mensaje a observar se torna confuso. Por lo demás, el orden de un texto legal se supone racional, y es una exigencia tan común como básica de técnica legislativa el que cada artículo verse sobre un solo objeto específico, pues solamente así se consigue suficiente claridad y distinción en términos de ideas, además de ser lo más favorable para efectos mnemotécnicos. Ahora bien, se ha sugerido en más de una oportunidad que los artículos en cuestión estarían consagrando dos (o quizá tres, en el caso del art. 15.1 PIDESC) derechos humanos distintos;⁴⁸⁸ al respecto nos parece curioso que ningún otro artículo de estos instrumentos internacionales, en su parte pertinente, se refiera a más de un solo derecho humano. El criterio es consistente a lo largo de ellos, en especial los de la ONU: se enuncia en primer lugar un derecho que corresponde a toda persona, y a continuación se especifica su contenido y se indican medidas que naturalmente se estiman conducentes a su aseguramiento, o bien limitaciones relativas a su interfaz con otros derechos humanos; es decir, se sienta primero el fundamento y a continuación se desarrolla y cualifica. Más aún, como notan SHAVER y SGANGA,⁴⁸⁹ el párrafo 2 del artículo 15 PIDESC se refiere explícitamente a “las medidas que los Estados Partes (...) deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de *este derecho*” (énfasis añadido). En todo caso, éste y los demás artículos citados parecen tener la particularidad de que su núcleo es dual, porque atienden a los intereses fundamentales de los no autores junto a los de los autores, siendo diferente el contenido de cada uno. De cualquier manera, han quedado señaladas ciertas cuestiones de índole gramatical, lógica y

⁴⁸⁸ P. ej. ANTEQUERA PARILLI, 2007, p. 176; el Consejo Económico y Social de la ONU –como veremos más adelante– a propósito del PIDESC ha adoptado claramente una lectura plural.

⁴⁸⁹ SHAVER y SGANGA, *op. cit.*, p. 641, nota al pie no. 15.

sistemática que arrojan ya bastantes dificultades para poder aseverar llanamente que “el derecho de autor –en su acostumbrado sentido legal– es un derecho humano”.

Más interesante aún es la enigmática proclamación de aquel “derecho a la participación en la vida cultural y en el progreso científico”: ¿es este un genuino derecho humano? Si es así, ¿por qué (casi) nadie da muestras de recordarlo siquiera? En todo caso, atendiendo a los textos –que en lo esencial son prácticamente idénticos– pareciera ser que, tal como señala GREEN, éstos revelan “una tensión no resuelta entre las disposiciones que protegen el acceso al adelanto, por un lado, y las que protegen los derechos de los individuos creadores, por otro”.⁴⁹⁰ Hemos defendido aquí que una tal tensión existe, sin duda alguna, a nivel legislativo: las leyes de propiedad intelectual, que uniformemente se caracterizan por asegurar facultades de control exclusivo a ciertos sujetos sobre las expresiones que han elaborado, mantienen una relación difícilmente armoniosa con el acceso universal al conocimiento y a la cultura (en cuanto su propio diseño institucional busca expresamente limitar el acceso libre al conocimiento y a la cultura). Pero esto no implica ni mucho menos que al nivel más abstracto de los derechos humanos tales aspiraciones no puedan reconciliarse. Cabe imaginar, en cambio, que el florecimiento de la cultura y la valorización de la labor creativa no sean sino dos caras de una misma moneda, es decir, que en cuanto metas generales de la humanidad sean reconducibles a una unidad esencial, fuera de la cual perderían su genuino sentido y su validez. (La Declaración Americana es la única que intenta sugerir algo así con su sencillo pero feliz epígrafe: “Derecho a los beneficios de la

⁴⁹⁰ GREEN, *op. cit.*, p. 3.

cultura”). Tal debería ser el horizonte para una recta interpretación de estos artículos.⁴⁹¹

5.1.2. Antecedentes de historia fidedigna.

Ahora bien, si vamos más allá del tenor literal, centrándonos en los dos instrumentos de la ONU, encontraremos que los antecedentes de historia fidedigna de ambos preceptos tampoco favorecen una interpretación proteccionista.⁴⁹² En particular, el texto de la Declaración en su parte relativa a los intereses autorales –propuesto por la delegación francesa– pretendía referirse más que nada al derecho moral, y en cuanto a los “intereses materiales” se dejó clara en todo caso su naturaleza ajena a la de los verdaderos derechos de propiedad que eran abordados en otras disposiciones de la misma Declaración.⁴⁹³ La redacción del art. 27.2 terminó siendo aceptada finalmente en una instancia posterior, cercana a la aprobación final del texto, ya en el seno de la Asamblea General de la ONU y no de la especializada Comisión de Derechos Humanos –que la rechazó en una primera oportunidad, en una votación dividida–, siendo fundamental para ello el apoyo de los países latinoamericanos, y existiendo desacuerdos de principio entre las delegaciones en cuanto al propio carácter de derecho humano básico del

⁴⁹¹ En el mismo sentido BUSANICHE, 2016, p. 84.

⁴⁹² Para un breve pero atento análisis del proceso de redacción de los artículos pertinentes de la Declaración Universal y del PIDESC, en el cual nos basaremos a continuación, v. en general GREEN, *op. cit.*

⁴⁹³ *Ibíd.*, p. 4.

derecho de autor.⁴⁹⁴ Algo por cierto poco esperable de un instrumento con la historia y el estatus de consenso mínimo ético-político que aspiraba a alcanzar la Declaración Universal.⁴⁹⁵

En cuanto al PIDESC, en tanto, los debates fueron más complejos y el acuerdo resultó más difícil de lograr.⁴⁹⁶ De las tres ocasiones en que se discutió el texto del actual artículo 15, en las dos primeras la propuesta de añadir una referencia a los derechos de autor fue controvertida por algunos delegados y finalmente rechazada por la Comisión de Derechos Humanos, hasta que en la tercera oportunidad, ya al interior de la Tercera Comisión de la Asamblea General, terminó aprobándose por treinta y nueve votos contra nueve y veinticuatro abstenciones. De acuerdo a GREEN, el resultado final de la votación reflejó a todas luces la disparidad ideológica entonces dominante a causa del período de Guerra Fría, dado que el debate se había venido centrando principalmente en el control gubernamental sobre el quehacer artístico y científico, mucho más que en la cuestión de si convenía o no reforzar los derechos exclusivos de los individuos creadores con su inclusión en un pacto internacional sobre derechos humanos. En todo caso en repetidas oportunidades se sostuvo, por la delegación de Estados Unidos junto con las de diversos países hoy en vías de desarrollo –entre ellos

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, p. 5.

⁴⁹⁵ Algunas delegaciones, por cierto, simplemente buscaban aprovechar la instancia para ganar más terreno en su agenda de internacionalización de la protección del derecho de autor, ya en curso en aquel entonces, como lo muestra p. ej. la firma del Acta de Bruselas del Convenio de Berna en junio del mismo año –1948– (CHAPMAN, *op. cit.*, p. 12).

⁴⁹⁶ V. GREEN, *op. cit.*, pp. 7-18.

Chile, al menos en un primer momento—, como principal objeción al texto en comento que el tema de los derechos de autor era un asunto demasiado complejo para formar parte de un tratado de esta naturaleza, y que además era materia de acuerdos internacionales específicos ya vigentes, sumados a otros que se encontraban en período de estudio bajo iniciativa de la UNESCO. A fin de cuentas, el devenir de los debates parece reflejar una especie de “tira y afloja” para incluir la disposición del apartado c) del art. 15.1 –sirviendo de apoyo el hecho de que ya existía una disposición análoga en la Declaración Universal–, a instancias principalmente de la delegación francesa y en un último momento las de Uruguay y Costa Rica,⁴⁹⁷ que terminó dando resultado sin una voluntad decidida ni mucho menos unánime de los países representados en el acuerdo. Ello en franco contraste con los apartados a) y b) del mismo artículo, que no recibieron objeción alguna y gozaron de una aceptación sobradamente unánime en todas las instancias de discusión, lo mismo que el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración Universal.

No obstante, como anota GREEN, en ninguna etapa del proceso de redacción se llegó a reparar en las tensiones que podrían desatarse entre ambas finalidades declaradas, ni hubo por ende debates conducentes a hacerse cargo de la cuestión.⁴⁹⁸ Ello es fácilmente explicable por el diferente contexto social, tecnológico y económico de aquel entonces. La propiedad intelectual no llegaba a suscitar los mismos conflictos que hoy en día, y aún faltaban décadas para que se convirtiera predominantemente en un asunto de política comercial entre estados. Con todo, está fuera de dudas que, pese a que se evitó insertar una referencia

⁴⁹⁷ CHAPMAN, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, p. 18.

directa, ambos textos de la ONU se discutieron y aprobaron teniendo en cuenta la protección autoral en su forma típica de derechos subjetivos de control exclusivo o copyrights, pues así lo revelan los términos del debate habido en las respectivas comisiones. Lo sorprendente es que, aun teniendo este tipo de regulación presente, los redactores no quisieron especificar nada en absoluto sobre el contenido y alcance de la protección de los intereses de los autores de la que habla cada texto, dejando este asunto crucial completamente a merced de los intérpretes.⁴⁹⁹ Nuevamente, esto desmiente a las opiniones que extraen de esta evidencia textual directamente un derecho humano a la protección ilimitada del monopolio autoral. Por el contrario, es de destacar que cada vez que el tema fue traído a colación, nunca los delegados perdieron de vista su necesaria vinculación con el acceso del público a la cultura.⁵⁰⁰ El resultado en cada caso fue una norma que sitúa a ambas dimensiones –la pública y la privada, si se quiere– como inseparables entre sí, cada una funcional a la otra.

Es más, pensamos que con base en todo lo dicho hasta ahora podría razonablemente sostenerse que, tal como lo muestra la disparidad de los acuerdos alcanzados por los delegados de la ONU en cada caso, es la vocación universal y pública de toda producción artística y científica la que queda afirmada con preeminencia a la apropiación privada de su valor económico. O dicho en términos más simples, el acceso a la cultura resulta más importante, desde una perspectiva

⁴⁹⁹ “[E]l debate sobre las disposiciones relativas a la propiedad intelectual no aportó una base conceptual para la interpretación de este derecho (...). Las consideraciones a todos los niveles de la redacción se concentraron primordialmente en analizar si la disposición relativa a la propiedad intelectual debería incluirse y no en su contenido y repercusiones” (CHAPMAN, *op. cit.*, p. 14).

⁵⁰⁰ *Loc. cit.*

de derechos humanos, que la protección de los derechos intelectuales. En realidad no parece haber duda de que la historia de la redacción de los artículos 27 DUDH y 15 PIDESC da suficientes señas acerca de “las pretensiones relativamente débiles de considerar la propiedad intelectual como un derecho humano”, así como de su claro contraste frente a la convicción de que las aspiraciones relacionadas con el acceso a la cultura “se apoyaban en una base moral más fuerte”.⁵⁰¹

5.1.3. Interpretaciones doctrinarias.

En doctrina, en tanto, ha atraído cierta atención el desafío que significa pensar la propiedad intelectual y el derecho de autor en particular desde el marco de los derechos humanos, un terreno que históricamente no le es propio. Si bien ha habido voces minoritarias que encuentran aquí una valoración positiva de tener una cultura férreamente controlada por autores y derechohabientes,⁵⁰² parece haber un cierto consenso en cuanto a que el acomodamiento del derecho de autor dentro de este hábitat implica más frenos que impulsos a la protección legal de los titulares mediante derechos exclusivos. GREEN, por ejemplo, puntualiza – pensando más que nada en el derecho de patentes– que las decisiones de los Estados en materia de propiedad intelectual deberían sopesarse, para ser compatibles con el marco convencional de los derechos humanos, con los derechos a la alimentación y a la salud, y que ello implica una revisión crítica de

⁵⁰¹ *Loc. cit.*

⁵⁰² V. p. ej. GIOVANETTI y MATTHEWS, 2005 (“[La propiedad intelectual] ha sido hace mucho reconocida como un derecho humano básico (...). Aquellos que quieren debilitar [estas] protecciones están en verdad recurriendo a una teoría económica fallida y desacreditada según la cual el público no se beneficia de los bienes que son de propiedad privada”; la traducción es propia).

la protección comercial otorgada por las normas del Acuerdo ADPIC.⁵⁰³ CHAPMAN por su parte desprende una serie de consideraciones de su lectura de los textos en comento. Los autores merecedores de protección, en primer lugar, no tendrían por qué ser sólo los típicos sujetos de derecho privado, es decir personas naturales o jurídicas (o sólo naturales, para el contexto legal chileno),⁵⁰⁴ sino también grupos o comunidades;⁵⁰⁵ esto abre la puerta para otorgar protección a las expresiones culturales tradicionales o folklóricas, a fin prevenir su apropiación indebida por sujetos ajenos a las respectivas comunidades que pretendan explotarlas y de esta manera “privatizarlas” (existe una agenda de trabajo en el marco de la OMPI con miras a un futuro acuerdo internacional relativo a esto).⁵⁰⁶ En segundo lugar, puesto que los derechos humanos descansan en una ética basada en la dignidad humana y el bien común, los derechos de propiedad intelectual aparecen dentro de esta dimensión “condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad”.⁵⁰⁷ En tercer lugar, la disposición del apartado 1.c) del art 15 PIDESC no implica otorgar a los creadores “derechos

⁵⁰³ GREEN, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁰⁴ GREEN observa (*loc. cit.*), con razón, que la titularidad originaria de derechos de autor por parte de personas jurídicas difícilmente se aviene con el marco de los derechos humanos, de lo que se deduce que la protección de la que hablan los instrumentos pertinentes debería destinarse sólo a los creadores “de carne y hueso”.

⁵⁰⁵ CHAPMAN, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰⁶ V. el portal web de la OMPI sobre Expresiones Culturales Tradicionales [en línea] <<http://www.wipo.int/tk/es/folklore/>> [consulta: 24 marzo 2016]

⁵⁰⁷ CHAPMAN, *loc. cit.*

monopolísticos de propiedad intelectual plenos y sin restricciones”,⁵⁰⁸ sino que más bien requiere de los regímenes existentes de propiedad intelectual que sean (1º) compatibles con el ejercicio de los demás derechos humanos enumerados en el Pacto, y (2º) sensibles a las interconexiones con el derecho a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico, lo cual significa que, por ejemplo, los requisitos para que nuevos tipos de obras obtengan protección legal por derecho de autor deberían, en tanto dicha protección se articularía desde los derechos humanos, ir más allá de los clásicos dos –originalidad y expresión formal–.⁵⁰⁹ En cuarto lugar, destaca “la necesidad de que el Estado proteja a sus ciudadanos contra los efectos negativos de la propiedad intelectual”, con especial énfasis en grupos estructuralmente desfavorecidos como “los pobres (...), las minorías raciales, étnicas y lingüísticas, las mujeres, los habitantes de las zonas rurales”.⁵¹⁰ La idea general que según CHAPMAN debiera caracterizar a un enfoque de derechos humanos es que “la propiedad intelectual entendida como un derecho humano difiere de manera fundamental del concepto de interés económico según el derecho de la propiedad intelectual”, ya que desde esta perspectiva “los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas”, o en otras palabras, “las obras de arte y científicas no son principalmente mercancías económicas”.⁵¹¹ Más allá de estos

⁵⁰⁸ *Loc. cit.*

⁵⁰⁹ *Ibíd.*, p. 16.

⁵¹⁰ *Loc. cit.*

⁵¹¹ *Ibíd.*, p. 15.

lineamientos básicos, su trabajo en general opta por centrarse en los problemas ético-políticos de los regímenes de propiedad industrial, por lo que las recomendaciones normativas que ella elabora de manera específica no se refieren al subsistema del derecho de autor.

CORREA, en tanto, se acoge a las declaraciones del Consejo Económico y Social de la ONU vertidas en su Comentario General N° 17, concluyendo a partir de ellas que la propiedad intelectual no es un derecho humano, y que el PIDESC “no predica una teoría iusnaturalista de la propiedad intelectual relacionada con las obras autorales, y que la protección de los intereses morales y económicos de los autores no supone un reconocimiento de derechos preexistentes al Estado, ni su supremacía respecto de otros intereses de la sociedad”.⁵¹²

Por su parte, para GERVAIS existe una suerte de semejanza entre el discurso de los derechos humanos y las tradicionales fundamentaciones del derecho de autor basadas en el derecho natural, aunque la misma se vea desfigurada por el arraigo, ya definitivo, del derecho de autor en la regulación del comercio internacional.⁵¹³ No obstante él ve posibilidades para una “cohabitación” exitosa entre ambos órdenes normativos, en cuanto los derechos humanos pueden servir como un bienvenido contrapeso al tecnicismo economicista que suele imperar entre los círculos que se ocupan del copyright desde el prisma del derecho mercantil (especialmente los paneles de solución de disputas de la OMC, cuya jurisprudencia ha demostrado seguir una línea poco proclive a los derechos

⁵¹² CORREA, *op. cit.*, p. 141.

⁵¹³ V. en general GERVAIS, 2008a.

humanos).⁵¹⁴ Este contrapeso se apoyaría en las posibilidades que a su entender ofrece un análisis en términos de derechos humanos: la idea de dignidad humana, que permitiría ver en la persona del autor –tanto individual como colectivo, con exclusión de las personas jurídicas– un agente moral autónomo y merecedor de respeto, por un lado, y el planteamiento de que las obras intelectuales tienen, por esta misma razón, un valor supra-mercantil o “un estatus especial debido a su resonancia cultural”, lo cual vuelve a traer a colación aquella vieja idea continental de que existe un vínculo espiritual entre el autor y su creación, pero bajo un lenguaje, si se quiere, menos metafísico.⁵¹⁵ Adicionalmente, GERVAIS entiende que las normas de derechos humanos, con su énfasis en el acceso y la participación en la cultura, podrían ayudar a los tribunales a ampliar el alcance de las excepciones y limitaciones legales al derecho de autor, al ser empleadas como auxilio interpretativo.⁵¹⁶

Otro autor, HELFER, –con el interés de desarrollar un marco de derechos humanos para resolver a futuro los conflictos en torno a la propiedad intelectual– toma nota de cómo fueron originándose los roces entre el sistema normativo de los derechos humanos y el del comercio internacional, contando como primer antecedente una resolución (que, en todo caso, no toma en cuenta el derecho de autor) del año 2000 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del ECOSOC de la ONU,⁵¹⁷ con la cual se dio oficialmente inicio a una

⁵¹⁴ V. KUR, *op. cit.*, pp. 20-31.

⁵¹⁵ GERVAIS, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁵¹⁶ *Ibíd.*, p. 15.

⁵¹⁷ ECOSOC, SUBCOMISIÓN PPDH, 2000.

agenda de revisión de normas internacionales de propiedad intelectual al interior de las Naciones Unidas, sentándose la primacía de los derechos humanos como principio básico.⁵¹⁸ Pese a que las agendas institucionales sobre la propiedad intelectual son en verdad opuestas (países industrializados e industrias incumbentes, versus países en vías de desarrollo y organizaciones de interés público), HELFER propone que en un marco de derechos humanos, prefigurado a partir de los textos que venimos analizando, existe espacio para una cierta convergencia normativa, pero asumiendo que en lo sucesivo cualquier cambio en la reglamentación de la propiedad intelectual y del derecho de autor deberá ser justificado en el espíritu de los derechos humanos de contenido económico, social y cultural; esto es, teniendo en cuenta los resultados mínimos de equidad y bienestar social que busca obtener el PIDESC, dado el carácter esencialmente programático de sus normas,⁵¹⁹ para lo cual las protecciones del derecho de autor serían un instrumento regulatorio entre otros, capaz tanto de favorecer como de perjudicar aquellos estándares,⁵²⁰ especialmente en lo relativo al derecho a la educación y más generalmente al acceso al conocimiento. En cuanto a su análisis del art. 15.1 PIDESC, este autor elige centrarse en la agenda interpretativa recientemente emprendida por la ONU por medio de su Comité DESC,⁵²¹ asunto

⁵¹⁸ HELFER, 2007, p. 986.

⁵¹⁹ *Ibíd.*, p. 987.

⁵²⁰ *Ibíd.*, p. 1018.

⁵²¹ V. *infra*, 5.1.4.

que revisaremos en el acápite siguiente; en su opinión, el apartado c) de la disposición citada ordena una protección fuerte, de carácter indisponible, de dos derechos básicos, uno moral y otro material, pero cuyo alcance se restringe a lo necesario para garantizar una “zona básica de autonomía”, relativa tanto al proceso creativo como al estándar de vida e independencia económica que debieran estar al alcance de aquellos que trabajan mediante su intelecto.⁵²²

SHAYER y SGANGA, a su turno, se concentran en el apartado a) del artículo 15.1 PIDESC, el llamado “derecho a participar de la vida cultural”, para lo cual también siguen de cerca el trabajo interpretativo del Comité DESC (v. *infra*). A su parecer, la elección de la frase “vida cultural” en lugar de simplemente “cultura” involucra una referencia a algo “vibrante y dinámico”, en constante cambio, fluyendo a partir de múltiples fuentes de significado; así como una afirmación de que la participación en la cultura es “un aspecto esencial de la experiencia humana”, que como tal completa la definición de lo que humanamente significa “estar vivo”.⁵²³ El verbo rector “participar”, en tanto, vendría a significar “la capacidad para consumir y crear, individualmente y junto a otros”,⁵²⁴ es decir interactuar culturalmente con los semejantes, sea en calidad de autor o como público no autor. Mientras que, por último, el sujeto “toda persona” mencionado al comienzo de la disposición implica que ella no puede tener en mente “establecer derechos especiales para una clase de autores profesionales”, puesto que todos

⁵²² *Ibíd.*, p. 996.

⁵²³ SHAYER y SGANGA, *op. cit.*, pp. 644-645.

⁵²⁴ *Ibíd.*, p. 645.

están llamados a ser sujetos activos de la cultura desde la perspectiva del Pacto.⁵²⁵ Esta perspectiva debería llevar, en opinión de las autoras, a una regulación que propenda a disminuir barreras discriminatorias en el acceso a los productos del intelecto,⁵²⁶ lo cual debe acometerse por los Estados necesariamente a través de exclusiones, limitaciones y excepciones legales al derecho de autor, por cuanto las prerrogativas exclusivas de éste “necesariamente limitan la capacidad de otras personas para participar en la vida cultural interactuando con ese contenido”.⁵²⁷

Por último, SHAYER ha elaborado una explicación detallada –quizá la más exhaustiva hasta la fecha– sobre los artículos 27 DUDH y 15.1 PIDESC (que en su esencia son idénticos), y buscando darle un contenido unitario ha propuesto para el mismo la denominación de “derecho a la ciencia y a la cultura”.⁵²⁸ Ella afirma que su planteamiento se distingue de los enfoques usuales, en cuanto sostiene que la propiedad intelectual está en tensión con el derecho a la ciencia y a la cultura, “no en ciertas y determinadas instancias, sino sistemáticamente”.⁵²⁹ Su propuesta es, en general, leer los arts. 27 DUDH y 15.1 PIDESC como “un

⁵²⁵ *Ibíd.*, p. 646.

⁵²⁶ *Ibíd.*, p. 647.

⁵²⁷ *Ibíd.*, p. 653. Según estas autoras, en los sistemas legales de tradición europea continental el Estado debería “proveer un mecanismo legal por el cual los individuos puedan impugnar las leyes que no respeten adecuadamente el derecho a participar en la vida cultural[,] y [así] exigir excepciones justificadas” (*ibíd.*, pp. 654-655, traducción propia).

⁵²⁸ SHAYER, *op. cit.*

⁵²⁹ *Ibíd.*, p. 124.

mandato a administrar la cultura y la ciencia como bienes públicos globales, en vez de como propiedad privada”.⁵³⁰ El derecho de autor como tal no puede ser el objeto de estas normas, porque mientras ellas versan sobre derechos universales, absolutos e inalienables,⁵³¹ el primero es alienable y limitado en el tiempo, y puede ser detentado por personas jurídicas, incluso con fines de lucro.⁵³² SHAVER ofrece además una explicación histórica del párrafo 1 del art. 27 DUDH, notando cómo el espíritu de este texto se vincula estrechamente con el establecimiento de la UNESCO y su cometido en pos de una amplia difusión de la cultura, entendida ésta de modo lato, englobando tanto a las ciencias como a las artes. Acorde al espíritu de la época post-guerra, la autora identifica en ello un testimonio sobre la necesidad colectiva de emprender acciones coordinadas, bajo incentivos no mercantiles, para que los adelantos tecnológicos y culturales llegaran realmente a beneficiar a todos: “Los artífices de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y fundadores de la UNESCO (...) observaron que las innovaciones tecnológicas no hacían inevitablemente su camino hacia las masas, incluso en las economías más avanzadas del mundo”.⁵³³ Si bien este derecho a la ciencia y a la cultura tiene dos vertientes, sintetizadas en los dos párrafos del art. 27 DUDH —y que es dable etiquetar como “acceso” y “protección” respectivamente—, de acuerdo

⁵³⁰ *Ibíd.*, p. 128.

⁵³¹ V. LAPORTA, pp. 36-44.

⁵³² SHAVER, *op. cit.*, p.134.

⁵³³ *Ibíd.*, p. 142-143. Como ejemplos de esto cita, entre otros, el proceso de creación de la vacuna contra la polio, cuyo descubrimiento se logró en la década de 1950 tras años de investigación financiada por la ciudadanía través de donaciones, y sin que el mismo se patentara.

a SHAVER el concepto clave de este derecho es el de acceso, puesto que así lo da a entender tanto la historia del precepto,⁵³⁴ por un lado, como su contexto normativo, esto es, su presencia en un tratado (el PIDESC) sobre “derechos socioeconómicos”, dado que éstos por lo general contienen un elemento de acceso (así p. ej. el derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, etc.).⁵³⁵ En otras palabras, la protección legal del derecho de autor aparecería, vista a la luz del derecho humano a la ciencia y a la cultura, como subordinada al acceso.⁵³⁶

5.1.4. Interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC).

Finalmente, conviene pasar revista a lo que ha dicho la ONU a través de su Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), acerca de este así llamado derecho a la ciencia y a la cultura. Dicho organismo ha venido desde hace un tiempo emitiendo pronunciamientos denominados “Observaciones Generales” con respecto a los diversos derechos consagrados en el PIDESC, a fin de que sirvan como auxilio interpretativo de los preceptos de tal Pacto para sus Estados Partes. Tanto HELFER como SHAVER notan, al respecto, cómo es que esta agenda hermenéutica se ve motivada en general –y este caso no es la excepción– por la naturaleza abierta y programática

⁵³⁴ *Ibíd.*, p. 172.

⁵³⁵ *Ibíd.*, p. 170.

⁵³⁶ Acceso entendido como participación en la cultura, según lo planteado por SHAVER y SGANGA, *op. cit.*

de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “derechos sociales”), y su controvertido carácter de derechos de “segunda categoría” entre los derechos humanos, con las dificultades que todo aquello suscita a la hora de precisar las obligaciones que de ellos nacen para los Estados.⁵³⁷ Por cierto que la adopción del Acuerdo ADPIC resultó un factor determinante en el naciente interés del Comité por los temas de propiedad intelectual, interés que motivó darle un “nuevo soplo de vida” al oscuro y olvidado art. 15 PIDESC.

Las Observaciones Generales que resultan atinentes a nuestro tema son dos: la primera, que data de 2005, se refiere al apartado c) del art. 15.1 PIDESC, mientras que la segunda vio la luz en 2009 y versa sobre el apartado a) del mismo. Debe recordarse que estos documentos son en esencia recomendaciones que sólo pretenden auxiliar a los Estados en el cumplimiento de sus compromisos adquiridos en materia de derechos sociales, y su acatamiento no es en ningún caso obligatorio para los mismos.⁵³⁸

Cabe señalar que, como un paso previo a la elaboración de estas observaciones, el Comité DESC formuló una Declaración en la que sentó algunos “principios clave” que guiarían la posterior redacción de aquéllas.⁵³⁹ Podríamos resumirlos del modo siguiente:

⁵³⁷ HELFER, *op. cit.*, pp. 987-988; SHAVER, *op. cit.*, pp. 163-166.

⁵³⁸ HELFER, *op. cit.*, p. 988.

⁵³⁹ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2001.

- Necesidad de equilibrar los intereses públicos y privados en materia de conocimientos (“acceso” y “protección”).⁵⁴⁰
- Caracterización de la propiedad intelectual no como una reivindicación individual sino como un “producto social que tiene una función social”.⁵⁴¹
- Necesidad de compatibilizar los regímenes de propiedad intelectual con toda la gama de derechos humanos, incluyendo el derecho al desarrollo.⁵⁴²
- Diferencia estructural entre los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual, y consiguiente imposibilidad de equipararlos.⁵⁴³
- Necesidad de que los regímenes de propiedad intelectual sirvan a los grupos sociales más desfavorecidos, con especial mención a las poblaciones indígenas.⁵⁴⁴
- Exigencia de participación activa e informada de toda persona en la elaboración de los regímenes de propiedad intelectual que les afecten.⁵⁴⁵
- Necesidad de un “trato especial y diferenciado” a los países en desarrollo en cuanto al diseño de normas protectoras de la propiedad intelectual.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ *Ibíd.*, pr. 4; pr. 17.

⁵⁴¹ *Loc. cit.*

⁵⁴² *Ibíd.*, pr. 5.

⁵⁴³ *Ibíd.*, pr. 6.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, pr. 8.

⁵⁴⁵ *Ibíd.*, pr. 9.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pr. 15.

Ambas Observaciones Generales poseen la misma estructura expositiva: I. Introducción y premisas básicas; II. Contenido normativo; III. Obligaciones (distinguiendo entre obligaciones generales, específicas, básicas e internacionales); IV. Violaciones; V. Implementación a nivel nacional; y VI. Obligaciones de actores que no son Estados. Algo elemental a tener en cuenta sobre ellas, es que adoptan la opción hermenéutica de tratar a las dimensiones del acceso y la protección como derechos independientes. Así lo evidencia claramente la existencia de dos observaciones distintas, y el que cada una se refiera a su objeto igualmente como “el derecho a”. Esta falta de reconducción a una unidad conceptual es, a nuestro modo de ver, un defecto de entrada que coarta sus posibilidades de hallar un sentido coherente para toda la disposición del art. 15.1 PIDESC, toda vez que sus apartados aparecen en guardia el uno contra el otro en lugar de mostrarse, como deberían, en relación mutuamente complementaria. A continuación nos referiremos a las dos Observaciones Generales, de acuerdo a su orden cronológico, procurando transmitir sólo lo esencial de ellas sin seguir demasiado de cerca los textos, atendida su extensión y su carácter un tanto repetitivo.

5.1.4.1. Observación General N° 17 del Comité DESC: Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (art. 15.1.c) PIDESC).

El Comité DESC rehúye estipular una denominación más breve para este derecho. Ello seguramente se debe a la necesidad ya referida de evitar una asimilación con los regímenes legales de propiedad intelectual, bajo la conciencia

de que el Pacto apunta en una dirección más profunda o abstracta. Para el Comité la finalidad de este derecho consiste en “fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto”, con lo que se afirma la naturaleza positiva (de acción y no de abstención) de la prestación debida.⁵⁴⁷ Se insiste prontamente en su carácter limitado por los apartados restantes del mismo artículo 15.1 PIDESC,⁵⁴⁸ así como por otros derechos humanos, entre los cuales el Comité identifica, sin exhaustividad, al derecho a la propiedad, individual y colectivamente, la libertad de expresión, incluida la libertad de investigar y recibir información e ideas de toda clase y de difundirlas, el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana y el derecho a participar en las actividades culturales, incluidos los derechos culturales de grupos específicos.⁵⁴⁹

Dilucidando el significado de los términos empleados por el Pacto, el Comité DESC afirma que por “autor” debe entenderse a toda persona, sea hombre, mujer, individuo o grupo, excluyéndose a las personas jurídicas puesto que “sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos”;⁵⁵⁰ que por “producción científica, literaria o artística” se comprende toda creación de la mente humana;⁵⁵¹ que “beneficiarse de la protección” no implica el nivel ni las

⁵⁴⁷ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2006, pr. 4.

⁵⁴⁸ *Loc. cit.*

⁵⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, pr. 7.

⁵⁵¹ *Ibíd.*, pr. 9.

formas de protección de los actuales regímenes de derecho de autor;⁵⁵² que la frase “intereses morales” se refiere a los derechos morales de paternidad y modificación, reconocidos en la mayor parte de los Estados,⁵⁵³ y que el propósito principal de los redactores del PIDESC era “proclamar el carácter intrínsecamente personal de toda creación de la mente humana”;⁵⁵⁴ que los “intereses materiales” se vinculan estrechamente con el derecho a la propiedad,⁵⁵⁵ con el derecho de todo trabajador a una remuneración adecuada⁵⁵⁶ y con el derecho a un nivel de vida adecuado,⁵⁵⁷ constituyendo un requisito para el goce de este último,⁵⁵⁸ y que el período de protección de tales intereses no debe por fuerza abarcar toda la vida de un creador,⁵⁵⁹ y por último, que la frase “que le correspondan” subraya la necesidad de que aquellos intereses sean “directamente generados” por el trabajo

⁵⁵² *Ibíd.*, pr. 10.

⁵⁵³ *Ibíd.*, pr. 13 y 14.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*, pr. 12.

⁵⁵⁵ Art. 17 DUDH.

⁵⁵⁶ Art. 7.a) PIDESC.

⁵⁵⁷ Art. 11.1 PIDESC.

⁵⁵⁸ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2006, pr. 15.

⁵⁵⁹ *Ibíd.*, pr. 16.

creativo de cada autor,⁵⁶⁰ lo cual arroja escepticismo, a nuestro entender, sobre la transmisibilidad de los derechos de autor.

El Comité considera que, si bien estamos frente a un derecho esencialmente limitado, cualquier limitación al mismo debiera satisfacer ciertos requisitos: ser determinada por ley, ser compatible con la naturaleza del mismo derecho, perseguir fines legítimos y ser estrictamente necesaria para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática,⁵⁶¹ además de ser proporcionada, es decir, la menos restrictiva entre sus alternativas posibles.⁵⁶² Al respecto HELFER indica que este es un test aún más restrictivo que la “prueba de los tres pasos”,⁵⁶³ y que visto a la ligera parece ser el sueño de cualquier titular de derechos de autor.⁵⁶⁴ Sin embargo no debe olvidarse que este “derecho a la protección” de los autores no equivale, como ya se ha mostrado en más de una ocasión, al derecho de autor de fuente legal, sino a una protección de nivel básico (de seguro inferior a los estándares actuales de ADPIC y “ADPIC Plus”⁵⁶⁵) en la que la exclusividad como tal no es siquiera de la esencia.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, pr. 17.

⁵⁶¹ V. art. 4 PIDESC.

⁵⁶² ECOSOC – COMITÉ DESC, 2006, prs. 22 y 23.

⁵⁶³ V. *supra*, 3.2.3.

⁵⁶⁴ HELFER, *op. cit.*, p. 994.

⁵⁶⁵ Se suele llamar así a los acuerdos de comercio bilaterales o multilaterales que amplían los estándares de protección de ADPIC. Un ejemplo de esto es el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU., que entre otras cosas establece un plazo de protección de 70 años.

En cuanto a las obligaciones que en concepto del Comité DESC emanan de la disposición en comento, se hace presente que existen obligaciones generales de no discriminación, realización progresiva y prohibición de regresividad,⁵⁶⁶ y obligaciones específicas de “respetar, proteger y cumplir” (*respect, protect and fulfill*): la primera de éstas requiere de los Estados que se abstengan de interferir en el disfrute del derecho; la segunda, que adopten medidas para impedir que terceros interfieran en el mismo; y la tercera, que dispongan de “medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, promocional o de otra índole” para lograr la plena realización del derecho en cuestión.⁵⁶⁷ En particular, para el Comité la obligación de proteger impone el deber de los Estados en orden a “impedir el uso no autorizado” de obras “fácilmente accesibles o reproducibles con tecnologías modernas de comunicación y reproducción”, junto con garantizar una indemnización adecuada a los autores irrazonablemente perjudicados con dicho uso no autorizado.⁵⁶⁸ Asimismo, estima que debe impedirse el uso no autorizado de expresiones culturales tradicionales de pueblos indígenas por terceros.⁵⁶⁹ Como obligación conexas, el Comité asegura que debe evitarse privilegiar indebidamente los intereses privados de los autores por sobre “el interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus

⁵⁶⁶ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2006, pr. 26 y 27.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*, pr. 28.

⁵⁶⁸ *Ibíd.*, pr. 31.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*, pr. 32.

producciones”, lo cual implica que la protección a los creadores no debe menoscabar las “obligaciones fundamentales” de los Estados en relación con los derechos a la salud, la alimentación y la educación (para el derecho de autor se comprenderá que sólo importa este último).⁵⁷⁰ Es de destacar la exigencia de realización de “estudios de impacto” previos a la aprobación de leyes de propiedad intelectual, así como para monitorear sus efectos en el tiempo.⁵⁷¹

Como cuestión a considerar sobre esta Observación General, nos resulta notorio cómo el Comité DESC afirma primero, enfáticamente, que la protección de los intereses morales y materiales de los autores difiere estructuralmente de la protección legal de los derechos de autor, para más adelante indicar que aquella protección supone “impedir el uso no autorizado” de la producción creativa por parte de terceros, toda vez que en esa regla justamente reside el corazón del derecho de autor como derecho de exclusividad. Por lo demás, la alusión a los intereses morales coincide palmo a palmo con los derechos morales de autor de fuente legal, o al menos con dos de ellos (paternidad y modificación). Se echa de menos, en todo caso, un ahondamiento en las relaciones habidas entre este derecho y los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión, cuestiones que parecen haber pasado casi desapercibidas para el Comité DESC. Pero más allá de lo anterior, aparece con claridad que el balance de estructurar el derecho de autor desde las normas de derechos humanos, a los ojos de la ONU, es un derecho de autor más minimalista que el actual, de cuño netamente mercantil.

⁵⁷⁰ *Ibíd.*, pr. 35.

⁵⁷¹ *Ibíd.*, pr. 36.

5.1.4.2. Observación General N° 21 del Comité DESC: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15.1.a) PIDESC).

La interpretación “oficial” del art. 15.1 PIDESC, y aun la de su apartado c) al que acabamos de prestar atención, en lo relativo al derecho de autor, no estarían completas sin un análisis del apartado a) del mismo precepto. Puede decirse que ambos apartados agotan la porción del espectro que corresponde al derecho de autor dentro del Pacto, ya que el apartado b) viene a hacer referencia a la materia propia del derecho de patentes.

Como apuntan SHAVER y SGANGA, el derecho a participar en la vida cultural había recibido hasta hace poco tiempo atrás una atención exclusivamente centrada en los pueblos y culturas indígenas.⁵⁷² Su importancia en comparación con los demás derechos del PIDESC parecía muy marginal, pero a raíz de las consabidas mutaciones en el derecho de la propiedad intelectual el art. 15.1.a) PIDESC comenzó a cobrar una relevancia inusitada, lo cual explica que el Comité DESC decidiera dedicarle una Observación General en exclusiva. En cualquier caso, debe notarse que el precepto en cuestión no versa únicamente sobre el “acceso a la cultura” tal como éste se entiende desde el derecho de autor, sino que su contenido va más allá para abarcar manifestaciones culturales que no guardan relación necesaria con la labor creativa.

El documento toma nota inicial sobre la relación íntima de este derecho con las demás secciones del art. 15 PIDESC, y también con los derechos a la

⁵⁷² SHAVER y SGANGA, *op. cit.*, p. 641, nota al pie no. 16.

educación⁵⁷³ –“por medio de la cual los individuos y las comunidades transmiten sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales”⁵⁷⁴–, a la libre determinación de los pueblos⁵⁷⁵ y a un nivel de vida adecuado,⁵⁷⁶ y muestra a continuación cómo la participación en la vida cultural aparece como un valor cuya acogida está presente en una variedad de convenciones de la ONU.⁵⁷⁷ En opinión del Comité DESC, el derecho a participar en la vida cultural posee una diferencia de entrada con su correlativo analizado en el acápite anterior (art. 15.1.c) PIDESC), en cuanto el mismo es conceptualizado, al revés de aquél, como una libertad, esto es, un derecho a una prestación de contenido negativo (de abstención y no de acción).⁵⁷⁸

La titularidad del derecho es entendida en idénticos términos que en la Observación General N° 17. La disposición en comento, sin embargo, reviste una mayor carga semántica, manifestada en las expresiones “vida cultural” y “participar”. La primera “hace referencia explícita al carácter de la cultura como

⁵⁷³ Arts. 13 y 14 PIDESC.

⁵⁷⁴ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2009, pr. 2.

⁵⁷⁵ Art. 1 PIDESC.

⁵⁷⁶ Art. 11 PIDESC.

⁵⁷⁷ V. ECOSOC – COMITÉ DESC, 2009, pr. 3.

⁵⁷⁸ “Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra” (ibíd., ¶ 6).

un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”,⁵⁷⁹ bajo una comprensión de la cultura como “un proceso interactivo (...)[,] como creación y producto social”.⁵⁸⁰ Ésta comprende, a ojos del Comité,

entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas.⁵⁸¹

La “participación” resulta ser un concepto igualmente rico en significado. El Comité DESC la descompone en tres aspectos (“entre otros”): participación, acceso y contribución a la vida cultural.⁵⁸² El primero remite a lo que podríamos llamar una autodeterminación cultural (“derecho (...) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o varias comunidades, o

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, pr. 11.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*, pr. 12. El Comité opta por no definir exactamente la palabra “cultura”, en vista de la variedad de definiciones existentes, la mayor parte provenientes de la antropología, pero se limita a constatar el carácter polifacético de la misma.

⁵⁸¹ *Ibíd.*, pr. 13.

⁵⁸² *Ibíd.*, pr. 15.

a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección”⁵⁸³); el acceso a la vida cultural “comprende, en particular, el derecho de toda persona (...) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información”, y también el derecho “a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y a recursos (...) y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades”.⁵⁸⁴ Por último, la contribución a la vida cultural se refiere tanto a lo que podríamos designar como el derecho a ser un autor, como al derecho a “participar en el desarrollo de la comunidad a la que [se] pertenece”.⁵⁸⁵

En seguida el Comité enumera ciertas condiciones generales para el disfrute efectivo de este derecho, entre las que destacan –por su atingencia para la aplicación de las reglas del derecho de autor– la “accesibilidad” (que la cultura “esté al alcance físico y financiero de todos”, con especial mención al “derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección”) y la “adaptabilidad” (referida a “la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado parte en cualquier ámbito de la vida cultural”). Encontramos aquí tanto una valoración explícita y directa del compartir, como una

⁵⁸³ *Loc. cit.*

⁵⁸⁴ *Loc. cit.*

⁵⁸⁵ *Loc. cit.*

exigencia de flexibilidad en la protección del derecho de autor, este último un asunto que suele ser señalado como déficit de nuestra tradición legal.

En materia de limitaciones, es de gran importancia notar que el Comité no reconoce al “derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los autores” como una fuente de ellas; en otras palabras, mientras este último derecho se ve limitado por el derecho a participar en la vida cultural, éste no se ve limitado por aquél, lo que reafirma el hecho de que, para este cuerpo de la ONU, el acceso a la cultura mantiene una primacía axiológica y jurídica sobre la protección a los autores.

Se señalan también algunos sujetos merecedores de protección especial, destacándose en lo pertinente las personas con discapacidad (a quienes se les reconoce el derecho a “disponer del material cultural (...) en formatos accesibles”),⁵⁸⁶ los pueblos indígenas y las personas que viven en la pobreza (“[l]a cultura, como producto social, debe quedar al alcance de todos”).⁵⁸⁷ Se declara, además, que “las actividades, los bienes y los servicios culturales tienen dimensiones económicas y culturales, que transmiten identidad, valores y sentido, y no debe considerarse que tengan únicamente valor comercial”, y que a este respecto los Estados debieran “evitar que los signos los símbolos y las expresiones propios de una cultura particular sean sacados de contexto con fines de mercado o de explotación por medios de comunicación de masas”,⁵⁸⁸ lo que guarda relación

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, pr. 31.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, pr. 39.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, pr. 43.

con la protección de las expresiones culturales tradicionales, una preocupación latente en materia de derecho de autor.

Sobre las obligaciones para los Estados Partes, el Comité DESC interpreta que el art. 15.1.a) PIDESC, en relación con el art. 15.2, imponen el deber general de adoptar medidas necesarias para “la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura”,⁵⁸⁹ además de las obligaciones específicas típicas de respetar, proteger y cumplir. Vale la pena notar que para el Comité, cuando los Estados “impiden el acceso de individuos o comunidades a la vida, las prácticas, los bienes y los servicios culturales”, están violando el derecho humano de toda persona a participar en la vida cultural.⁵⁹⁰

Hacia los párrafos finales del documento, el organismo autor “alienta a los Estados partes a que utilicen en la mayor medida posible los valiosos recursos culturales con que cuenta toda sociedad y a que los pongan al alcance de todos (...) de manera que todos tengan acceso efectivo a la vida cultural”.⁵⁹¹ Concluye así un análisis netamente enfocado en la inclusión sociocultural y en el valor de la abundancia de saberes y expresiones culturales, en el cual se echan de menos referencias directas a la protección de los autores, que fuera objeto de un detenido análisis tan sólo tres años antes, para poder así perfilar con mayor detalle las vinculaciones entre ambas vertientes de este así llamado derecho a la ciencia y a la cultura. La tensión entre ambas, en definitiva, no es resuelta satisfactoriamente

⁵⁸⁹ *Ibíd.*, pr. 47.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, pr. 62.

⁵⁹¹ *Ibíd.*, pr. 68.

por el Comité DESC, lo cual se evidencia en el distinto temple que inspira la redacción de una y de otra Observación General: cada una se centra en la importancia de su propio objetivo, olvidándose de dialogar con el otro. Pero si se puede sacar algo en limpio de ambos documentos, es que los dos coinciden en desterrar tanto la equiparación del derecho de autor a un derecho humano, como la subordinación del acceso a las necesidades de protección del interés de los autores. No queda más que coincidir con SHAVER, entonces, acerca de que el concepto clave en materia de derecho de autor, visto éste bajo la lente de los derechos humanos, es el de acceso: acceso del público a la ciencia y a la cultura.

5.2. Nuestra posición.

Entre los académicos que se han destacado por advertirnos sobre los males asociados al maximalismo en materia de propiedad intelectual, por lo general no encontramos a ninguno que reniegue del régimen de derechos de autor como tal. El común de ellos, proveniente del mundo angloparlante, aboga por una legislación más flexible, con más correctivos que permitan a los futuros creadores y a los usuarios participar de la cultura con más libertad en un mundo interconectado y digitalizado, pero continúa estimando que el sistema en sí es una buena y justa idea. Mientras tanto, en los países de habla hispana la academia en su conjunto ha demostrado una escasísima capacidad para siquiera detectar aquellos males, menos aún para someterlos a juicio. Se tiende a pensar en ellos que el derecho de autor sólo reconoce intereses privados, y que por ende debe otorgar una protección legal lo más perfecta posible, porque sólo así se asegura el disfrute del natural, y por ende ilimitado, derecho al monopolio que todo autor detenta sobre sus obras.

Tal vez convenga tomar de una vez en serio a nuestra pretendida filosofía de derechos naturales, aun cuando aceptásemos su potencial fundamentador sólo como el de un relato tradicionalista (y no como una profesión sincera de iusnaturalismo). Si lo que es de derecho natural se opone conceptualmente al derecho positivo, entonces ¿por qué el sistema de derechos de autor depende tan intensamente de la intervención del poder soberano para poder ser efectivamente reconocido? Es cierto, alguien podría defender plausiblemente el carácter iusnatural de muchas normas del derecho penal, por caso, y a ello no obstaría la constatación de que su aseguramiento efectivo requiere de una sofisticada estructura normativa e institucional tal, que históricamente sólo el Estado ha parecido capaz de proveerla. No se trata aquí de eso. Cualquier filosofía del derecho natural descansa necesariamente en la afirmación de que sus normas son cognoscibles o a lo menos inteligibles por todo ser humano sin necesidad de provisión legal, sea porque emanan de Dios, de la naturaleza humana, de los sentimientos o de la pura razón legisladora; por ello es que se distinguen de las normas positivas, que emanan exclusivamente de la voluntad del soberano civilmente instituido. Ahora bien, el sistema estándar de derecho de autor o copyright sencillamente no es inteligible sin un Estado detrás. El respeto a la vida, a la libertad y a la propiedad material de cada uno, por el contrario, sí es imaginable en un supuesto estado de naturaleza anterior al Estado civil,⁵⁹² según el discurso liberal burgués que nos heredó el reconocimiento histórico de los derechos humanos de primera generación,⁵⁹³ por cuanto depende del mutuo reconocimiento

⁵⁹² Como mostró KANT, la idea –que es fundamentalmente eso, y no un estadio empírico de la historia humana– del estado de naturaleza no remite forzosamente a una situación pre-social, sino a un estado en que la libertad y la propiedad de cada uno todavía no son aseguradas perentoriamente por medio de leyes públicas (V. KANT, 2008).

⁵⁹³ ATRIA, 2004, pp. 15-17.

de los sujetos entre sí, viniendo el soberano sólo a dar un carácter perentorio a ese reconocimiento y a asegurar su observancia pacífica mediante el monopolio de la fuerza legítima. El derecho de autor depende de algo más para ser concebible. Protección automática por el sólo hecho de la creación de la obra; licencias obligatorias; gestión colectiva de derechos obligatoria; cánones por copia privada; sanciones criminales por utilización no autorizada de obras protegidas; sanciones criminales por elusión de medidas tecnológicas de protección... todo esto depende para operar con cierto grado de regularidad –esto es, para siquiera tener sentido–, no sólo de una autoridad con poder irresistible para obligar a todos a respetar tarifas y prohibiciones,⁵⁹⁴ sino también de una sistemática intervención sobre bienes materiales de propiedad de particulares, a efectos de prohibir que éstos efectúen reproducciones y comunicaciones públicas de obras protegidas, lo cual significa limitar la capacidad de los dueños para actuar como dueños sobre sus computadoras, impresoras, fotocopadoras, máquinas fotográficas, etc. (de hecho equivale a otorgar al autor o derechohabiente una especie de derecho real limitado sobre bienes ajenos).⁵⁹⁵ Un derecho natural a un monopolio artificial es, a fin de cuentas, un perfecto oxímoron.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ “El enorme y draconiano cuerpo de legislación sobre copyright a lo largo de los últimos veinte años debería indicar que la aplicación del copyright requiere de un intrusivo y regulatorio estado vigilante (*surveillance state*), y que el copyright es virtualmente imposible de hacer cumplir sin un mecanismo tal” (CARSON, *op. cit.*, p. 6).

⁵⁹⁵ KINSELLA, *op. cit.*, p. 25; LONG, *op. cit.* V. t. el relato ficticio al comienzo de SELTZER, *op. cit.*

⁵⁹⁶ En todo caso, como indica CARSON, hay al menos un autor –Murray ROTHBARD– que ha defendido la legitimidad y viabilidad de un sistema de *copyright* idéntico al actual en una sociedad “anarco-capitalista” sin Estado, sobre bases puramente contractuales (CARSON, *op. cit.*, p. 3).

No es razonable predicar del derecho subjetivo de autor el atributo de derecho natural. No al menos en el sentido moderno que sitúa los derechos naturales en un estado de naturaleza previo a la constitución civil del Estado. Pero tal vez sí en aquel sentido más amplio con que desde antiguo los pensadores han venido hablando de la ley natural, como exigencia que es común a todas las gentes e independiente del parecer humano. Ahora bien, está claro que la época contemporánea reconoce una sola clase de derechos que poseen validez “aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres”.⁵⁹⁷ los derechos humanos. Con esto hemos retornado al tema central de este capítulo, y además tocado un punto crucial: la relación entre aquéllos y la comunidad política, en torno a la cual gira una tradicional clasificación de los mismos, eje de interminables controversias doctrinarias y sobre todo políticas. Entre los derechos humanos, aquellos que podrían llamarse estrictamente naturales son los así llamados de primera generación:

Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad (...).⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ ARISTÓTELES, 1999, p. 281.

⁵⁹⁸ ATRIA, *op. cit.*, pp. 19-20.

En esto el derecho de autor, si llegásemos a conceder que es un derecho humano, parecería más bien asemejarse a los derechos humanos de segunda generación, o derechos sociales, por cuanto ambos cobran sentido en el contexto de una comunidad política, y más precisamente, en su forma actual, dentro de una comunidad organizada como Estado-nación: así como el derecho a la salud y a la educación, por ejemplo, pueden asegurarse gracias a la contribución de todos mediante el pago de impuestos –esto es, mediante la imposición de cargas pecuniarias a la libertad económica–, el derecho de autor funciona gracias a la facultad legal de los titulares de derechos para imponer, en virtud de ley, cargas –usualmente pecuniarias, porque su lógica no es otra que la de crear un mercado– al libre flujo de la información, esto es, a la libertad de expresión y a la privacidad de las comunicaciones. En ambos casos son las libertades de todos las que resultan gravadas para beneficio de una clase de sujetos a quienes la comunidad juzga como desprotegidos; que en el último caso los gravámenes se impongan por privados y los fondos se administren en forma descentralizada, no cambia lo esencial, que es la amenaza de sanciones civiles y penales por el ente legitimado para infligirlas en forma exclusiva, a fin de beneficiar a un sector de la sociedad a costa del resto. Así pues, tanto para determinar quiénes merecen dicha protección como para establecer y respaldar tales gravámenes, es necesario algo así como un Estado (para lo último, de hecho, es indispensable uno), y para materializar las contribuciones se necesitan muchos individuos atados entre sí por lazos políticos.

Todas estas reflexiones pretenden mostrar lo equivocado que es pensar al derecho de autor desde la perspectiva del sujeto aislado, ya fuere como un asunto de reivindicaciones privadas, ya como una prerrogativa inherente a la naturaleza humana individual. El derecho humano a la protección de los intereses autorales no asegura el derecho humano “de” autor sino el derecho de toda persona “a ser”

una autora sin que ello signifique sacrificar su autonomía, tanto en términos materiales como morales. El problema fundamental que explica la existencia de los derechos de autor es un problema social común: la necesidad de remunerar a aquellos entre nosotros que nos benefician con su labor creativa e investigativa, y en definitiva garantizarles la posibilidad de dedicar su vida a dicha labor. Las siguientes líneas de Ayn RAND describen este problema con bastante claridad (aunque ella extrae una conclusión totalmente contraria a la nuestra):

Lo que las leyes sobre patentes y derecho de autor reconocen es el rol primordial del esfuerzo mental en la producción de valores materiales (...).

Al prohibir una reproducción no autorizada del objeto, la ley declara, en efecto, que el trabajo físico de copiar no es la fuente del valor del objeto, que ese valor es creado por el originador de la idea y [que ésta] no puede ser usada sin su consentimiento; así la ley establece el derecho de propiedad de una mente sobre aquello a lo que ha dado vida.⁵⁹⁹

Dejando a un lado la afirmación filosóficamente dudosa de que una mente individual puede dar origen a una idea, lo esencial está en la comprensión del hecho de que el libre mercado, por sí solo, no tiene la aptitud de valorizar el esfuerzo intelectual; sí puede valorizar en cambio el trabajo físico, aquel simple “gasto de energía humana” del que hablaba MARX a propósito de su teoría del

⁵⁹⁹ “What the patent and copyright laws acknowledge is the paramount role of mental effort in the production of material values (...).

By forbidding an unauthorized reproduction of the object, the law declares, in effect, that the physical labor of copying is not the source of the object’s value, that that value is created by the originator of the idea and may not be used without his consent; thus the law establishes the property right of a mind to that which it has brought into existence” (Ayn RAND, cit. en CARSON, *op. cit.*, p. 2).

valor,⁶⁰⁰ empleado en copiar una obra (o en comunicarla públicamente, traducirla, etc.), y por esto es que la “piratería” es tan conveniente para el público. La piratería no es más un “robo” que lo que es la entrada de competidores a un mercado cualquiera. El efecto natural de la libre competencia es reducir los precios de los bienes reproducibles hasta el nivel en que se equilibran con el costo que para un oferente promedio tiene el ofrecerlos en el mercado, por lo que en la misma medida que la tecnología logra reducir el costo marginal de producir dichos bienes, las fuerzas del mercado tienden a socializar los beneficios resultantes de esa mayor productividad. Y atendida esta circunstancia es que la sociedad debe organizarse para reconocer por medios no estrictamente mercantiles (imperativamente, en opinión de RAND y de todas las leyes de derecho de autor hasta ahora) el valor de aquel esfuerzo invertido para llegar al resultado creativo original; lo cual típicamente hace mediante leyes que permiten a los titulares de derechos de propiedad intelectual cobrar precios de monopolio para capturar las ganancias de productividad debidas al progreso tecnológico, en desmedro del público general.⁶⁰¹

La aspiración que se plasma en el derecho humano a la ciencia y a la cultura, a nuestro modo de ver, es la de una sociedad en la que el saber, las artes y las letras pueden florecer porque cualquier persona tiene la posibilidad de subsistir viviendo como un trabajador intelectual, y porque todos son igualmente libres de compartir experiencias y saberes de toda índole con los demás, para beneficio mutuo. Sólo hay un método eficaz para lo segundo: absoluta libertad comunicativa. El lenguaje

⁶⁰⁰ V. MARX, *op. cit.*, pp. 49-60.

⁶⁰¹ CARSON, *op. cit.*, p. 11.

de los derechos humanos puede servir, en parte, para dar expresión institucional al valor que existe en el conocer, en el compartir y en el crear a partir del trabajo de otros. Esto es lo que se cristaliza en el “derecho de toda persona a participar en la vida cultural”: no existe otro título que legitime la pretensión de interactuar libremente con las expresiones vertidas por otros, más que nuestra siempre inefable humanidad, cuyo ser escapa inexorablemente a terminar fijado bajo la fría e indiferente forma del derecho. La cultura que nos rodea nos constituye como sujetos; el derecho simplemente no puede captar esta subjetividad dinámica, multidimensional, contingente.⁶⁰² Precisamente por esto, la mejor manera en que el derecho puede servir al acceso a la cultura es, simplemente, retirándose de ella.

Lo otro –el que los autores puedan dedicar su vida a la labor creativa y vivir y crear con independencia–, en cambio, exige contar con algún tipo de arreglo institucional deliberadamente diseñado. Crear un mercado de expresiones, esto es, volver exclusivos mediante prohibiciones legales a una clase de bienes que no tienen esa propiedad –o en otras palabras, provocar su escasez artificial–, es solo una entre otras posibles alternativas para lograrlo,⁶⁰³ pero que adolece de un importante defecto, por así decirlo, de fábrica: oponerse a su complemento natural, la libertad para acceder la cultura y compartir sus mensajes y adelantos. Tal vez haya otros métodos más convenientes por explorar.

⁶⁰² “El derecho silencia sin notar que silencia; es ciego, y ciego incluso a su propia ceguera. Si queremos luchar contra la opresión de la mujer, o por la libertad positiva o por la solidaridad, el derecho sólo escucha balbuceos” (ATRIA, 2003, p. 43). Podríamos agregar “...o por el acceso a la cultura...”.

⁶⁰³ ECOSOC – COMITÉ DESC, 2001, pr. 1 (“los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad... para beneficio de la sociedad en su conjunto”); pr. 2 (“Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales”).

El moderno derecho de autor nació como un instrumento de autonomía y autarquía: vino a garantizar la independencia de los autores en el campo literario frente al gremio de los editores y la Corona, permitiéndoles por primera vez controlar la reproducción de sus propias obras. De esta manera la sociedad les reconoció, además de la libertad para escribir sin temor a la censura pública o privada, la posibilidad de autofinanciarse, y así vivir como ciudadanos libres capaces de cosechar el fruto de su trabajo. El costo de esto fueron algunas libertades para el público (que ya estaban coartadas bajo el régimen anterior, un monopolio mucho más pernicioso controlado por editores en alianza con el monarca), pero el contexto tecnológico de entonces hizo que aquéllas no fueran demasiado relevantes. Nuestra realidad en pleno siglo XXI es la opuesta, y tras un largo proceso de sacrificio progresivo de libertades públicas para subsidiar las ganancias de las industrias de contenidos, hemos llegado a un punto en el que bien vale la pena preguntarnos por una solución alternativa que permita conciliar la autarquía de los autores con la salvaguardia de nuestras libertades comunicativas más básicas, e incluso de las propias libertades creativas de los futuros y eventuales creadores. Esta es, en efecto, la principal utilidad de un marco de derechos humanos para el derecho de autor: abrir el campo jurídico para un preguntar por nuevas formas sociales de remunerar la creatividad.

Permítasenos por nuestra parte sugerir algo al respecto, aunque sea menos de un esbozo, sólo a guisa de cierre.

El derecho de autor tiene un aspecto técnicamente valioso en particular, y es que hace posible la valorización de las creaciones intelectuales de un modo análogo al más perfecto que actualmente conocemos: el libre mercado. Al transformar el comunicar en un dar, convirtiendo a la interacción cultural entre

cálidos seres humanos en un intercambio de mercancías entre fríos sujetos de derecho privado, la ley consigue dar respuesta no sólo al problema de cómo valorizar el trabajo de los autores, sino también a la importante cuestión de en qué medida hacerlo, dejando que el juego espontáneo de la oferta y la demanda determinen en cada caso cuánto vale cada aporte creativo. Esto es en términos generales preferible a tener una autoridad u oficina estatal decidiendo a qué artistas e investigadores beneficiar y determinando los montos en base a criterios abstractos, casi siempre lejanos a la realidad concreta, por no mencionar los serios problemas de agencia y de control que conllevaría una alternativa como esa.

Además, el principal y obvio problema del mecenazgo estatal es el certero peligro de anulación de la libertad creativa (baste ver lo que ocurría en los países del antiguo bloque socialista con la censura al arte). En realidad, todas las formas de mecenazgo, públicas o privadas, se resienten de una misma insuficiencia: sólo pueden remunerar a los creadores que cuentan con el favor de los mecenas de turno. Los peligros para la libertad de crear y difundir las artes y los conocimientos podrían ser teóricamente reducidos hasta niveles cercanos a cero, a medida que más difusa y menos concentrada sea la fuente de financiamiento, es decir, a medida que haya más y más mecenas.⁶⁰⁴ Es lo que favorecen los modelos de negocios tipo *crowdfunding* y *pay-what-you-want*, por ejemplo. Pero este no es el fin del problema, porque para que los mecenas o seguidores deseen favorecer a los autores de su preferencia necesitan primero conocerlos o conocer su trabajo. Por esto es que ningún mecenazgo puede ser una alternativa universalizable –aunque

⁶⁰⁴ Tal vez no haya un mejor ejemplo imaginable que Wikipedia, proyecto posibilitado financieramente por un sinnúmero de donaciones individuales, facilitadas en buena medida por los bajos costos de transacción que hoy tienen los sistemas de pago en línea.

sí secundaria y auxiliar–, a menos que se pretenda que el campo artístico y científico esté poblado por sólo un puñado de viejos conocidos, algo que llevaría con toda seguridad a un rápido estancamiento cultural e intelectual.

Nuestra propuesta, si bien particularizada al rubro de la música –tal vez el foco más candente de discordias en la última década y media–, considera como objetivo fundamental maximizar las libertades del público asegurando una fuente de ingresos que sea contingente a sus preferencias ocasionales, en lugar de depender de vínculos personales estables entre autores y financistas. Y es la siguiente: primero, legalizar completamente toda forma de compartir archivos en Internet (a menos que exista divulgación del contenido contra la voluntad del autor, lo que en términos de la legislación actual constituiría una infracción al derecho moral de inédito). Segundo, emplear sistemas digitales de procesamiento de datos que acopien información sobre cantidad de horas de música de cada artista reproducida (escuchada) por los usuarios. Servicios de este tipo ya existen y han conquistado bastante popularidad en Internet (un buen ejemplo es Last.fm),⁶⁰⁵ gracias al propio deseo de los usuarios por contar con un registro detalladamente organizado de la música que escuchan y de compartir esa información con otros usuarios. Tercero, contar con asociaciones privadas que representen colectivamente a los artistas frente el público, de un modo parecido a como lo hacen hoy las sociedades de gestión colectiva de derechos, pero que en lugar de recolectar tarifas y cobrar derechos exclusivos dejarían de administrar un monopolio para dedicarse principalmente a (1º) recolectar contribuciones voluntarias incentivadas por labores de promoción del financiamiento a la música, y (2º) distribuir los montos recolectados entre los artistas asociados a ellas, en base

⁶⁰⁵ Véase “Last.fm” [en línea] <<http://www.last.fm>> [consulta: 28 marzo 2016]

a un algoritmo centrado en los porcentajes de reproducciones registradas a través de Internet para cada artista. Estas asociaciones competirían entre sí para captar miembros, y eventualmente podrían diferenciarse entre sí (o internamente, si llegasen a lograr economías de escala) de modo temático, por ejemplo agrupando a artistas de algún determinado género o familia de géneros musicales, o de cierta localidad, o artistas emergentes, etc. Inclusive, podrían firmar convenios con empresas de bienes y servicios –desde compañías de servicios de telecomunicaciones, pasando por comercializadoras de aparatos tecnológicos, hasta eventualmente empresas de alimentos, o en fin, de lo que fuere– de manera tal que éstas, al ofrecer destinar una parte del precio a las arcas de tal sociedad de gestión (o cualquiera sea el nombre oficial de estas instituciones), obtengan una mejor promoción para sus propios productos. El propósito es que el público aporte voluntariamente al financiamiento de la música de una manera más o menos indeterminada, no a tal o cual artista en específico, y que cada artista se encargue de difundir sus creaciones por Internet para así obtener una cuota satisfactoria de reproducciones, e incluso poder a futuro construir una base de seguidores fieles que puedan aportarles dinero adicional en forma de donaciones o pagos directos por transacciones (algo que suele ocurrir actualmente).

En su conjunto, el sistema propuesto incentivaría –en lugar de criminalizar– el empleo de la tecnología digital para escuchar y compartir música, y en especial sus aplicaciones más eficientes como p. ej. la transferencia de archivos mediante tecnología P2P, pero lo haría para beneficio mutuo de usuarios y artistas. Además, al desvincular la contribución pecuniaria de la cantidad de música escuchada por cada usuario singular, no habría ningún desincentivo económico (salvo la cuenta del servicio de energía eléctrica) para que cada quien reproduzca cuantas horas de música desee. Por último, la medida de las contribuciones quedaría a la voluntad

de los miembros del público, quienes podrán juzgar por sí mismos si el aporte agregado está siendo suficiente, excesivo o insuficiente. De esta forma se coloca en sus propias manos el destino material de la producción musical, lo cual tiene pleno sentido desde que son los principales interesados en que haya música. Nada de esto mermaría la posibilidad de cada artista para adicionalmente ofrecer bienes y servicios transables en el mercado, como conciertos en vivo, *merchandising*, ediciones especiales de sus trabajos, etc. Obviamente, para que todo esto funcione debería ser alimentado por un proceso dialógico de concientización sobre la necesidad social, colectiva, de financiar la creación musical, claro que con una retórica más efectiva y civilizada que la de equiparar al público interesado a un ejército anónimo de “ladrones” y “piratas”.

Los principios de un modelo como este podrían tal vez aplicarse, con adaptaciones, a los otros campos de la producción inmaterial. Probablemente la nota más llamativa de una propuesta como la nuestra sea la ausencia de un rol activo del Estado en su funcionamiento. Esto se debe a que nuestra idea de interés público no requiere para ser instrumentalizada de alguna intervención estatal directa, lo cual va de la mano con nuestro entendimiento político, en lugar de técnico-jurídico, de los derechos humanos.⁶⁰⁶ En una comunidad política formada por personas libres hay, pensamos, espacio para deliberar en cuanto al rango de acciones que debiera poder acometer el aparato estatal, y en cuanto a la idoneidad de sus intervenciones cuando se trata de resolver ciertos problemas sociales.

5.3. Conclusiones.

⁶⁰⁶ Al respecto v. en general ATRIA, 2003.

Nos hemos dedicado en este último capítulo a indagar en la relación, no hace mucho descubierta, entre derecho de autor y derechos humanos. Hemos notado cómo las normas de derechos humanos constituyen un elemento capaz de contrarrestar el elevado proteccionismo que caracteriza al moderno derecho de autor, mostrando de qué manera y en qué medida ellas bosquejan una cultura más libre y menos sometida a autorizaciones para ver, oír, crear y compartir. Para cerrar hemos tomado una posición interpretativa que rehúye los compromisos, por cuanto se deriva de nuestra mirada de los derechos humanos como derechos políticos; derechos que, por cuanto demarcan la pertenencia a una comunidad política, llevan asociadas consideraciones acerca de qué condiciones debería cumplir, en general, dicha comunidad. El desacuerdo siempre ha sido bienvenido en lo que a ello respecta.

CONCLUSIONES FINALES

La premisa que guió el desarrollo de este trabajo, a saber, que el derecho de autor necesita de un enfoque alternativo para otorgar respuestas satisfactorias a los malestares que genera, ha sido suficientemente corroborada a lo largo del texto. Se describió y comentó la normativa vigente, junto con los cambios sociales, económicos y tecnológicos que dieron lugar al actual estado de cosas, a fin de dimensionar más o menos exactamente el nivel de proteccionismo legal del que gozan quienes explotan el negocio de la cultura a través de las fronteras. Como complemento a ello, se dio una cuenta medianamente detallada acerca de los focos de tensión que es posible identificar a raíz de la expansión normativa del derecho de autor, procurando señalar en cada caso las fuentes del malestar presente, no siempre susceptibles de expresar en términos directamente jurídicos.

El diagnóstico fue un exceso pernicioso de protección legal. A partir de allí buscamos posibilidades normativas de contener dicho exceso, primero dentro del mismo derecho de autor, y luego en un nivel de jerarquía y abstracción superior, el de los derechos humanos. En el Capítulo 3 se pasó revista muy general a los límites legales del derecho de autor, intentando ofrecer una mirada lo más comprehensiva posible, lo suficiente para evidenciar que sus posibilidades de salvaguardar eficazmente el interés público son actualmente un tanto escasas, si bien no inexistentes. En el Capítulo 4 se reflexionó en torno a la posibilidad de dar un substrato jurídico a la idea de que existe un interés público en el acceso a la cultura, y que ello justifica contar con ámbitos en que el derecho de autor no debería regir, o debería regir con menor intensidad. La estrategia fue doble:

reivindicar las libertades del público, por un lado, y por el resaltar la naturaleza dialógica y participativa de la actividad creativa, procurando en todo caso no abandonar la perspectiva propia del derecho de autor europeo continental –de la cual nuestro sistema es heredero–, centrado en la persona individual del autor y en el valor intrínseco de su labor intelectual, más que en el rol del Estado como agente dedicado a fomentar la creatividad para el mayor bien de todos. El resultado final puede verse como un cuestionamiento a fondo de la Ley de Propiedad Intelectual vigente, y en general de lo que significa universalmente un régimen de derechos de autor, que bien puede llevar a interpretar los textos normativos de una manera distinta, pero sin dejar de reconocer en la rigidez de los mismos una fuente de permanentes dificultades y conflictos.

El Capítulo 5 de este trabajo culmina mostrando cómo las normas de derechos humanos constituyen un elemento capaz de contrarrestar el elevado proteccionismo que caracteriza al moderno derecho de autor, mostrando de qué manera y en qué medida ellas efectivamente perfilan una cultura más libre y menos sometida a autorizaciones para ver, oír, crear y compartir. El capítulo cerró presentando la posibilidad de abrir espacios para un cuestionamiento radical del derecho de autor, trasladando la discusión jurídica a la palestra de los derechos humanos, y ofreciendo algunas propuestas consistentes con la opción interpretativa que adoptamos.

Como conclusión general, podemos afirmar que es sin duda posible, además de necesario, articular un enfoque alternativo a la lógica proteccionista y maximalista del derecho de autor, sin que ello signifique abandonar los fundamentos clásicos de nuestra tradición jurídica. Esperamos que los desarrollos

consignados en este trabajo sirvan a lo menos de aliento para futuras discusiones y nuevas indagaciones sobre el tema.

BIBLIOGRAFÍA

- (1) ÁLVAREZ NAVARRETE, Lillian. 2006. Derecho de ¿autor? El debate de hoy. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales.
- (2) ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Revista Chilena de Derecho Informático (5): 191-202.
- (3) _____ . 2005. Derecho de Autor y Cultura. [en línea] <<https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/>> [consulta: 15 diciembre 2014].
- (4) _____ . 2011. En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor. Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development.
- (5) _____ . 2016. TPP, derechos de autor e internet. [en línea] Debates de Política Pública, Número 17, Septiembre 2016 <<http://www.cepchile.cl/acuerdo-transpacifico-de-libre-comercio-tpp-propiedad-intelectual-e/cep/2016-08-24/131244.html>> [consulta: 27 octubre 2016]
- (6) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. 1994. El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela. (Y su correspondencia con la legislación, la

- jurisprudencia y la doctrina comparadas). Caracas, Venezuela, Buchivacoa. 821p.
- (7) _____. 2000. Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. [en línea] <http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=11506> [consulta: 03 de septiembre de 2013]
- (8) _____. 2007. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid, Editorial Reus, ASIGE. 623p.
- (9) _____. 2011. 40 años en la jurisprudencia en derecho de autor y derechos conexos en América Latina. [en línea] <http://www.cerlalc.org/libroaldia/libroaldia_13/secciones/articulos/articulo_05.htm> [consulta: 29 diciembre 2013]
- (10) ARENDT, Hannah. 2009. La esfera pública y la privada. En: La Condición Humana (trad. Ramón Gil Novales). Buenos Aires, Paidós. pp. 37-98.
- (11) ARISTÓTELES. 1999. Retórica (trad. Quintín Racionero). Madrid, Gredos. 626p.
- (12) ATRIA, Fernando. 2003. *Ubi Ius, Ibi Remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos. Revista Estudios de la Justicia 3: pp. 35-47.
- (13) _____. 2004. ¿Existen derechos sociales? Discusiones 4: 15-59.

- (14) BALKIN, Jack M. 2004. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review* 79(1): 1-55.
- (15) BARKER, Chris. 2004. *The SAGE Dictionary of Cultural Studies*. Londres, SAGE Publications. xxii, 211p.
- (16) BAUDRILLARD, Jean. 2009. *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras* (trad. Alicia Bixio). Madrid, Siglo XXI. 255p.
- (17) BARRON, Anne. 2012. Kant, copyright and communicative freedom. *Law and Philosophy* 31(1): 1-48.
- (18) BAUWENS, Michel. 2005. The Political Economy of Peer Production. [en línea] <<https://journals.uvic.ca/index.php/ctheory/article/view/14464/5306>> [consulta: 25 mayo 2016]
- (19) BÉCOURT, Daniel. 1990. La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo. En: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). 1990. *Boletín de derecho de autor*. Vol. XXIV, N° 4. pp. 4-13.
- (20) BERLIN, Isaiah. 2001. Dos conceptos de libertad. En: *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (trad. Ángel Rivero). Madrid, Alianza Editorial. pp. 43-114.

- (21) BIRNHACK, Michael D. 2006. Global Copyright, Local Speech. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 24: 491-547.
- (22) BOYLE, James. 2008. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven & London, Yale University Press. 315p. [en línea] <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>> [consulta: 15 diciembre 2014].
- (23) BUSANICHE, Beatriz. 2010. El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor. [en línea] <<http://www.vialibre.org.ar/2010/10/11/el-ejercicio-de-los-derechos-culturales-en-el-marco-de-los-monopolios-del-derecho-de-autor>> [consulta: 07 enero 2014]
- (24) _____. 2013. Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor. [en línea] *Cuestión de Derechos, Revista Electrónica* N° 4 – primer semestre 2013 <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/index.php?action=numeros&numero=4>> [consulta: 15 diciembre 2014]
- (25) _____. 2016. *Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales*. Temperley, Tren en Movimiento. 112p.
- (26) BYGRAVE, Lee. 2013. Data Protection vs. Copyright. En: SVANTESSON, Dan Jerker B. y GREENSTEIN, Stanley (eds.). *Internationalization of Law in the Digital Information Society: Nordic Yearbook of Law and Informatics 2010-2012*. Copenhagen, Ex Tuto

- Publishing. pp. 55-75. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=2350131>> [consulta: 15 diciembre 2014]
- (27) CARRASCO PIRARD, Eduardo. 2001. Lo público y lo privado. Derecho y Humanidades (8): 225-244.
- (28) CARSON, Kevin A. 2009. Intellectual Property: a Libertarian Critique. [en línea] Center for a Stateless Society Research Paper No. 2 (Segundo Trimestre 2009) <<https://c4ss.org/wp-content/uploads/2009/05/intellectual-property-a-libertarian-critique.pdf>> [consulta: 25 mayo 2016]
- (29) CASAS VALLÉS, Ramón. 2007. Los límites al derecho de autor. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor 1(1): 42-97.
- (30) CASTRO BONILLA, Alejandra. 2006. Derecho de autor y nuevas tecnologías. San José, Costa Rica, EUNED. viii, 435p.
- (31) CERDA SILVA, Alberto J. 2011. Enforcing Intellectual Property Rights by Diminishing Privacy: How the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy. [en línea] American University International Law Review Vol. 26, Issue 3 Focus Issue: Intellectual Property Law Enforcement and the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol26/iss3/4/>> [consulta: 31 octubre 2016]
- (32) CHAPMAN, Audrey. 2001. La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo I del Artículo

15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Boletín de Derecho de Autor XXXV (3). pp. 4-49.

- (33) COHEN, Julie E. 2003. DRM and Privacy. Berkeley Technological Law Journal 18: 575-617.
- (34) _____. 2005. The Place of the User in Copyright Law. Fordham Law Review 74: 347-374.
- (35) _____. 2006. Copyright, Commodification and Culture: Locating the Public Domain. En: GUIBAULT, L. y HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). The Future of the Public Domain. Países Bajos, Kluwer Law International. pp. 121-166.
- (36) _____. 2007. Creativity and Culture in Copyright Theory. University of California Davis Law Review 40(3): 1151-1205 [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=929527>> [consulta: 15 diciembre 2014]
- (37) COLOMBET, Claude. 1997. Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado (trad. por Petite Almeida). Madrid, UNESCO/CINDOC. 230p.
- (38) CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2010. Historia de la Ley 20.435. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4776/>> [consulta: 3 noviembre 2016]

(39) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (“ECOSOC – COMITÉ DESC”). 2001. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Medidas complementarias del día de debate general sobre el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, lunes 26 de noviembre de 2001. Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. ONU E/C.12/2001/15 (14 de diciembre de 2001). [en línea] <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.12/2001/15&referer=http://www.un.org/en/documents/index.html&Lang=S> [consulta: 29 marzo 2016]

(40) _____. 2006. Observación General N° 17 (2005): Derecho de toda persona a beneficiarse de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto). [en línea] <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcMZjyZIUmZS43h49u0CNAuXILz%2fX2GmgB6sBoKhj1WXT8yk8tN6jtSSVYxI9j1F%2bDnBu7T9O6YD7%2bOA6A0FZPh>> [consulta: 28 agosto 2014]

(41) _____. 2009. Observación General N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). [en línea] <<http://docstore.ohchr.org/SelfServ>

[ices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQc5ReG9hKvddWC2ML5U76E6Yo32HO6dpL4TO3LqexixqFesby5saENybpKP%2bjnif4gUXeDXkQ0a0INiSYbbQppP](https://ices.files.handler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQc5ReG9hKvddWC2ML5U76E6Yo32HO6dpL4TO3LqexixqFesby5saENybpKP%2bjnif4gUXeDXkQ0a0INiSYbbQppP)> [consulta: 28 agosto 2014]

- (42) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (“ECOSOC, SUBCOMISIÓN PPDH”). 2000. Intellectual property rights and human rights. Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7. Doc ONU E/CN.4/Sub.2/RES/2000/7. [en línea] <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8200> [consulta: 27 mayo 2016]
- (43) CONSTANT, Benjamin. Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. En: Curso de Política Constitucional. Tomo III (Trad. LÓPEZ, Marcial Antonio). Madrid, Imprenta de la Compañía. pp. 53-91.
- (44) CORREA, Carlos M. 2009. Acceso a la cultura y derecho de propiedad intelectual: la búsqueda de un nuevo equilibrio. En: BEAULIEU, Paula y LÓPEZ CUENCA, Alberto (comp.). ¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social. 1ª ed. Córdoba, Centro Cultural España-Córdoba. pp. 130-152.
- (45) DAVIES, Gillian. 1999. Copyright and the public interest (Tesis doctoral). Aberystwyth, Gales, Aberystwyth University, Department of Law and

- Criminology. [en línea] <<http://cadair.aber.ac.uk/dspace/handle/2160/1933>> [consulta: 02 septiembre 2014]
- (46) DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. 2006. Propiedad intelectual, teorías y alternativas. En: MORALES ANDRADE, Marco (coord.). Temas actuales de propiedad intelectual: estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavala. Santiago, Lexis Nexis.
- (47) DEBRAY, Régis. 1997. Transmitir. Buenos Aires, Manantial. 190p.
- (48) DRASSINOWER, Abraham. 2008a. Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright vis-à-vis Patent and Trade-Mark. Michigan State Law Review (1): 199-232.
- (49) _____. 2008b. Examinando atentamente los derechos del usuario. Anuario Andino de Derechos Intelectuales (4): 109-124.
- (50) DWORKIN, Ronald. 1984. Rights as Trumps. En: WALDRON, Jeremy (Ed.). Theories of Rights. Oxford, Oxford University Press. pp. 153-167.
- (51) _____. 1989. Los derechos en serio (trad. Marta Guastavino). Barcelona, Ariel. 508p.
- (52) ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. 2008. RIAA v. The People: Five Years Later. [en línea] <<https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later>> [consulta: 15 diciembre 2014]

- (53) FIGUEROA, Felipe. 2015. ¿Qué significa justificar el derecho de autor? *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 4(2): 75-107.
- (54) FISHER, William. 2001. *Theories of Intellectual Property*. [en línea] <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> [consulta: 15 diciembre 2014].
- (55) GALLEGOS, Diego. 2014. *El concepto de dominio público en el derecho de autor: análisis del artículo 11 de la Ley 17.336. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 194p.
- (56) GERVAIS, Daniel J. 2008a. *Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together*. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1283985>> [consulta: 15 diciembre 2014]
- (57) _____. 2008b. *Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*. *University of Ottawa Law & Technology Journal* 5(1-2): 1-41. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825342> [consulta: 25 agosto 2014]
- (58) GILLESPIE, Tarleton. 2007. *Wired Shut: Copyright and the Shape of Digital Culture*. Massachusetts, The MIT Press. 395p.
- (59) GIOVANETTI, Tom y MATTHEWS, Merryl. 2005. *Intellectual Property Rights and Human Rights*. [en línea]

<http://www.ipi.org/ipi_issues/detail/intellectual-property-rights-and-human-rights> [consulta: 27 marzo 2016]

- (60) GOLDSTEIN, Paul. 1999. El Copyright en la sociedad de la información. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante. 205p.
- (61) GÓMEZ BERNALES, Gastón. 2005. El derecho a la vida privada en la jurisprudencia de protección. En: Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago, Universidad Diego Portales. 107p.
- (62) GREEN, María. 2000. El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 19p. [en línea] <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.15.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.15.Sp?Opendocument)> [consulta: 25 agosto 2014]
- (63) GREENLEAF, Graham y BOND, Catherine. 2013. ‘Public rights’ in copyright: What makes up Australia’s public domain? Australian Intellectual Property Journal 23: 111-138.
- (64) GROENENBOOM *et al.* 2006. Guía del consumidor sobre Gestión de Derechos Digitales. [en línea] <http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=201> [consulta: 10 noviembre 2014]
- (65) GUIBAULT, Lucie. 2002. Copyright limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright. The Hague – London – Boston, Kluwer Law International. xiv, 377p.

- (66) JARAMILLO, Paula. 2008. Acceso a la Cultura y regulación de Derecho de Autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile. En: CERDA SILVA, Alberto (ed.). Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor. Santiago, LOM Ediciones. pp. 17-29.
- (67) HABERMAS, Jürgen. 2005. Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de los derechos. En: Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso (trad. Manuel Jiménez Redondo). Madrid, Trotta. Pp. 147-197.
- (68) HAYEK, F.A. 1998. Law, Legislation and Liberty. Londres, Routledge. Vol. 2.
- (69) HEGEL, G. W. F. 2009. Fenomenología del espíritu (trad. Wenceslao Roces). Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. 488p.
- (70) HEIDEL, Evelin. 2010. ¿Cuánto cuesta tu educación gratuita? En: BUSANICHE, Beatriz (ed.). Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura. Argentina, Edición Böll Cono Sur y Fundación Vía Libre. pp. 99-106.
- (71) HELFER, Laurence R. 2007. Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property. U.C. Davis Law Review 40:971-1020.

- (72) KANT, Immanuel. 1994. Of the injustice of counterfeiting books (trad. Stephen Palmquist y John Richardson). En: PALMQUIST, Stephen (ed.). Four Neglected Essays by Immanuel Kant. Honk Kong, Philosophychy Press. 121p.
- (73) _____ . 2008. La Metafísica de las Costumbres (trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho). Madrid, Tecnos. 374p.
- (74) KINSELLA, N. Stephan. 2001. Against Intellectual Property. Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute 15(2): 1-53.
- (75) KUR, Annette. 2008. Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test? 48p. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1317707>> [consulta: 06 enero 2014]
- (76) LAPORTA, Francisco Javier. 1987. Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa (4): 23-46.
- (77) LESSIG, Lawrence. 2002. La ley del caballo: lo que el ciberderecho podría enseñar. En: DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (coord.). Derecho y Tecnologías de la Información. Santiago, Fundación Fueyo – Universidad Diego Portales. pp. 15-68.
- (78) _____ . 2005. Cultura Libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad (trad. por Antonio Córdoba y Daniel Álvarez Valenzuela). Santiago de Chile, LOM Ediciones. 270p.

- (79) _____ . 2009. El Código 2.0 (trad. por María Acuyo *et al.*). Madrid, Traficantes de Sueños. 563p.
- (80) LIEBOWITZ, Stan. 2002. Copyright and the Internet. En: Rethinking the Networked Economy: The True Forces Driving the Digital Marketplace. pp. 145-203. [en línea] <http://www.utdallas.edu/~liebowit/knowledge_goods/book.pdf> [consulta: 24 agosto 2014]
- (81) LIPSZYC, Delia. 2005. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Argentina, UNESCO – CERLALC - Zavalía.
- (82) LITMAN, Jessica. 2001. Digital copyright. Nueva York, Prometheus Books. 208p.
- (83) LIU, Joseph P. 2003. Copyright Law's Theory of the Consumer. Boston College Law Review 44: 397-431.
- (84) LONG, Roderick. 1995. The Libertarian Case Against Intellectual Property Rights [en línea] <<http://freenation.org/a/f3111.html>> [consulta: 10 enero 2016]
- (85) LÓPEZ CUENCA, Alberto. 2009. ¿A quién protege el derecho de autor? Sujeto y ontología de la cultura digital. En: BEAULIEU, Paula y LÓPEZ CUENCA, Alberto (comp.). ¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social. 1ª ed. Córdoba, Centro Cultural España-Córdoba. pp. 82-99.

- (86) LLANOS, Ioanis. 2010. Las implicancias de una teoría regulatoria de la propiedad intelectual (PI) para el derecho de la libre competencia: visión desde Europa. *Revista de Derecho Económico*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho (75): 205-283.
- (87) MACAU, Rafael. 2005. La base tecnológica de la sociedad del conocimiento. En: TUBELLA I CASADEVALL, Imma y VILLASECA I REQUENA, Jordi (coords.). *Sociedad del Conocimiento*. Barcelona, UOC. pp. 1-30.
- (88) MAGLIONA, Claudio. 2008. *Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías*. Obra en prensa. 66p.
- (89) MARANDOLA, Marco. 2005. ¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Madrid, *Derecho de autor*. 125p.
- (90) MARTIN, Brian. 1998. *Against intellectual property*. En: *Information Liberation*. Londres, Freedom Press. pp. 29-56.
- (91) MARX, Karl. 2010. Capítulo I. La mercancía. En: *El Capital*. Crítica de la economía política. Tomo I. Libro 1. Proceso de producción del Capital. 1ª ed. Santiago, LOM Ediciones. pp. 49-95.
- (92) MASKUS, Keith E. 2000. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Washington DC, Institute for International Economics. 275p.

- (93) MELÉNDEZ JUARBE, Hiram. 2012. Tecnopolítica y Derechos de Autor. En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2011. El constitucionalismo en transición. Buenos Aires, Librería, SELA. 373p.
- (94) MILL, John Stuart. 1993. Sobre la libertad (trad. J. Mez Nieto). Buenos Aires, Alianza. 207p.
- (95) MIROSEVIC VERDUGO, Camilo. 2007. Origen y evolución del derecho de autor, con especial referencia al derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVIII: 35-82.
- (96) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). 2014. WIPO Studies on the economic contribution of the copyright industries (overview). [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/economic_contribution_analysis_2012.pdf> [consulta: 15 diciembre 2014]
- (97) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2012. OECD Internet Economy Outlook 2012. [en línea] OECD Publishing <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/oecd-internet-economy-outlook-2012_97892640864_63-en> [consulta: 05 noviembre 2014]
- (98) PIEVATOLO, Maria Chiara. 2007. The pirate from Königsberg: why closed source software is not worth of copyright protection. [en línea] Munich

Personal RePEc Archive, MPRA Paper No. 4002 <<http://mpra.ub.uni-muenchen.de/4002/>> [consulta: 25 abril 2016]

- (99) PRINZ, Jesse. 2016. Culture and Cognitive Science. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition). [en línea] <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/culture-cogsci/>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (100) PROUDHON, Pierre-Joseph. 2005. ¿Qué es la propiedad? Investigaciones sobre el principio del derecho y del gobierno. Buenos Aires, Libros de Anarres. 240p.
- (101) RENGIFO, Ernesto. 1997. Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor. Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- (102) RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane C. 2005. International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond. Nueva York, Oxford University Press. Vol. I.
- (103) RUIZ GALLARDO, Claudio. 2008. Hacia una dogmática para el acceso en Chile. En: CERDA SILVA, Alberto (ed.). Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor. Santiago, LOM Ediciones. pp. 31-53.
- (104) RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GÁLVEZ, Juan Carlos. 2012. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en

- Latinoamérica. En: BERTONI, Eduardo (comp.). Hacia una Internet libre de censura: propuestas para América Latina. Buenos Aires, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo. pp. 45-108.
- (105) SANCHIS MARTÍNEZ, M^a Trinidad. 2004. Derechos de autor, digitalización e Internet. Madrid, Editorial Universitas. 163p.
- (106) SATANOWSKY, Isidro. 1954. Derecho Intelectual. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. V. 1.
- (107) SCHMITZ VACCARO, Christian. 2009. Propiedad Intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. Revista Chilena de Derecho 36(2): 343-367.
- (108) SCHUSTER, Santiago. 2009. Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. En: VELASCO SANTELICES, Rodrigo y MORALES ANDRADE, Marcos (Coords.). Estudios de derecho y propiedad intelectual: colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa. Santiago de Chile, Alessandri & Compañía Abogados, Editorial Jurídica de Chile. pp. 369-384.
- (109) SELTZER, Wendy. 2012. Lo imperfecto es enemigo de lo bueno: leyes antielusión versus innovación abierta. Revista Chilena de Derecho y Tecnología 1(1): 15-101.

- (110) SHAVER, Lea. 2010. The Right to Science and Culture. *Wisconsin Law Review* (1): 121-184.
- (111) SHAVER, Lea y SGANGA, Caterina. 2010. The Right to Take Part in Cultural Life: on Copyright and Human Rights. *Wisconsin International Law Journal* 27(4): 637-662.
- (112) SILBEY, Jessica. 2010. Comparative Tales of Origins and Access: Intellectual Property and the Rhetoric of Social Change. *Case Western Reserve Law Review* 61(1): 195-267.
- (113) SIRINELLI, Pierre. 1999. Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. [en línea] <http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=1266> [consulta: 15 diciembre 2013]
- (114) SMIERS, Joost. 2006. *Un mundo sin copyright: artes y medios en la globalización* (trad. de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum). Barcelona, Gedisa. 383p.
- (115) TEHRANIAN, John. 2011. Parchment, pixels, & personhood: user rights and the IP (Identity Politics) of IP (Intellectual Property). *Univeristy of Colorado Law Review* 82: 1-84.

- (116) TORREMANS, Paul L. C. (ed.). 2004. Copyright and human rights: freedom of expression, intellectual property, privacy. La Haya; Londres; Nueva York, Kluwer Law International. viii, 181p.
- (117) TUSHNET, Rebecca. 2004. Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It. Yale Law Journal 144: 535-590. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1793181>> [consulta: 15 diciembre 2014].
- (118) VILLATE, Javier. 2001. La propiedad intelectual en la nueva era digital. [en línea] <http://www.reddebibliotecas.org.co/News/Documents/La_propiedad_intelectual_en_la_nueva_era_digital.pdf> [consulta: 27 diciembre 2013]
- (119) WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. 1995. El derecho a la intimidad (trad. Pilar Baselga). Madrid, Civitas. 76p.

JURISPRUDENCIA CITADA

- (1) CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS, CIRCUITO DEL DISTRITO DE COLUMBIA (D.C. Cir.). 19 de diciembre de 2003. 351 F.3d 1229. “Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.”. [en línea] <<http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/RIAAvsVerizon2003.htm>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (2) CORTE DE DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS POR EL DISTRITO SUR DE NUEVA YORK (S.D.N.Y.). 17 de diciembre de 1991. 780 F. Supp. 182. “Grand Upright Music Limited v. Warner Brothers Records, Inc., WEA International Inc., Marcel Hall, professionally known as Biz Markie, Biz Markie Productions, Inc., Cool V Productions, Inc., Cold Chillin' Records, Inc., Biz Markie Music, Inc., Cold Chillin' Music Publishing, Inc., Tyrone Williams, and Benny Medina”. [en línea] <<http://www.westlaw.com>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (3) _____. 17 de agosto de 2000. 111 F.Supp.2d 294. “Universal City Studios, Inc. et. al., v. Shawn C. Reimerdes, et. al.”. [en línea] <<https://cyber.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY/trial/op.html>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (4) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE I.D.H.). 13 de noviembre de 1985. Opinión Consultiva OC-5/85. “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención

- Americana sobre Derechos Humanos)”. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf> [consulta: 22 mayo 2016]
- (5) CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS (U.S.S.C.). 17 de enero de 1984. 464 U.S. 417. “Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.”. [en línea] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/case.html>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (6) _____. 20 de mayo de 1985. 471 U.S. 539. “Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises”. [en línea] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>> [consulta: 23 mayo 2016]
- (7) _____. 15 de enero de 2003. 537 U.S. 186. “Eldred et. al. v. Ashcroft, Attorney General”. [en línea] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/537/186/case.html>> [consulta: 24 mayo 2016]
- (8) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA.). 25 de septiembre de 1998. N° 24-IP-98. “Interpretación prejudicial de los artículos 26, 54 y 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas”. [en línea] <<http://www.comunidadandina.org/Solcontroversias.aspx?fr=88>> [consulta: 22 mayo 2016]
- (9) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE.). 16 de febrero de 2012. C-360/10. “Belgische Vereniging van Auteurs,

Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV”. [en línea]

<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-360/10&language=ES>>

[consulta: 24 mayo 2016]