

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA
SEGUNDO SEMESTRE 2015 VOL. 4 NÚM. 2



REPRESENTANTE LEGAL

PROF. DAVOR HARASIC YAKSIC
Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

DIRECTOR RESPONSABLE

PROF. ALEX PESSÓ STOULMAN

EDITOR GENERAL

PROF. DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA

COMITÉ EDITORIAL

MG. ALBERTO CERDA

*Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile.
LL.M. in International Legal Studies, Georgetown University. Magíster
en Derecho Público, Universidad de Chile.*

MG. MARCELO CORRALES

*Investigador Senior, Institute for Legal Informatics, Leibniz University
of Hanover, Alemania. LL.M. in European Intellectual Property Law,
Stockholm University. LL.M. in Law and Information Technology,
Stockholm University.*

DR. CARLOS DELPIAZZO

*Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Informático, Universidad
de la República, Uruguay. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Uni-
versidad de la República, Uruguay.*

DR. RONALDO LEMOS

*Director, Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro.
Doctor en Derecho, Universidad de Sao Paulo, Brasil. LL.M. in Law,
Harvard University.*

DR. JULIO TÉLLEZ

*Investigador Titular Derecho de la Informática. Universidad Nacional
de México, México. Doctor en Informática Jurídica y Derecho
de la informática, Universidad de Montpellier I, Francia.*

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica nacional, regional e internacional, el conocimiento científico relevante y necesario para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en las ciencias jurídicas y sociales.

Revista Chilena de Derecho y Tecnología
Rev. chil. derecho tecnol. (impr.)
Centro de Estudios en Derecho Informático
Facultad de Derecho · Universidad de Chile
Pío Nono núm. 1, 4.º piso, Providencia
Santiago de Chile

+56 2 29785263
rchdt@derecho.uchile.cl
<http://www.cedi.uchile.cl>
<http://twitter.com/rchdt>

ISSN 0719-2584

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es publicada en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) disponibles para descarga en la página web <<http://www.rchdt.uchile.cl/>>.

Una guía para la presentación de manuscritos a la *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* está disponible en el siguiente enlace: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/rchdt/about/submissions#authorguidelines>>.

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
ATRIBUCIÓN - NO COMERCIAL - COMPARTIR IGUAL 2.0 CHILE.



REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA
SEGUNDO SEMESTRE 2015 VOL. 4 NÚM. 2

Rev. chil. derecho tecnol. (impr.)

- 7-8 *Editorial*
- 9-51 PAULA JERVIS ORTIZ
Internet de las cosas y protección de datos personales
- 53-74 ARTURO J. CARRILLO Y DAWN C. NUNZIATO
El precio de la priorización pagada: Las consecuencias internacionales y domésticas del fracaso de proteger la neutralidad en la red en los Estados Unidos
- 75-107 FELIPE FIGUEROA ZIMMERMANN
¿Qué significa justificar el derecho de autor?
- 109-177 FERDINAND SCHNETTLER CHÁVEZ
Responsabilidad civil extracontractual de los usuarios de programas P2P por infracción a los derechos de autor
- 179-213 MARÍA PAZ CANALES LOEBEL
Oracle versus Google: Protección de derecho de autor sobre elementos funcionales de programas computacionales que ponen en riesgo la interoperabilidad y la innovación
- 215-261 ANA MARÍA MUÑOZ MASSOUH
Eliminación de datos personales en internet:
El reconocimiento del derecho al olvido

¿Qué significa justificar el derecho de autor?

What does it mean to justify copyright?

FELIPE FIGUEROA ZIMMERMANN

Abogado, Reino Unido

RESUMEN En la primera sección de este artículo se argumenta que el problema central del derecho de autor consiste en resolver la tensión entre dos intereses: el interés del titular de controlar los usos de su obra y el interés del público de acceder a ella. Esto se hace mostrando cómo esta tensión se manifiesta en el concepto de autor y en el concepto de dominio público. A continuación, se responde a lo que se denomina «la objeción del escéptico». Por último, al establecer las condiciones que debe cumplir una teoría capaz de justificar el derecho de autor, se ofrece una estrategia para resolver la tensión identificada al comienzo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE Derecho de autor, filosofía del derecho, casos difíciles, justificación.

ABSTRACT In the first section of the article, it will be shown that the central problem regarding copyright comprises solving the tension between two interests: the interest of the copyright holder in controlling the access and uses of the work by third parties and the interest of the public of accessing to it. This will be done by showing how this tension manifests itself in the concepts of authorship and public domain. Next, the article advances a reply to what is called the «skeptical objection». Finally, by establishing the conditions that a theory must comply in order to justify

copyright, the article develops a strategy for solving the tension identified in the first section.

KEYWORDS Copyright, jurisprudence, hard cases, justification.

CUESTIONES PRELIMINARES

Un lugar común en la disciplina del derecho de autor consiste en comenzar reflexionando acerca de la naturaleza *no-rival* y *no-exclusiva* de las obras del intelecto (Boyle, 2003: 41). Como se verá una vez analizada la cuestión en mayor detalle, este lugar común está justificado y se sustenta en un punto que es importante para la correcta comprensión del derecho de autor.

Thomas Jefferson, en una famosa carta dirigida al inventor Isaac McPherson, destacó estas características de las obras del intelecto con el objetivo de rechazar la noción de que las ideas eran bienes susceptibles de dominio.¹ En consecuencia, en lo que sigue nos referiremos a esta estrategia argumentativa como *la estrategia jeffersoniana*.² Ahora bien, para un correcto análisis de este argumento es necesario distinguir clara-

1. El argumento de Jefferson se refería a las patentes, pero la doctrina posteriormente lo ha generalizado de manera que se entiende que la misma noción aplica también para aquellas ideas que caen en el ámbito del derecho de autor. Al respecto, véase Mossoff (2007: 953).

2. El pasaje completo es como sigue: «Si la naturaleza ha hecho alguna cosa menos susceptible que otras de ser sujeto de propiedad exclusiva, es la acción del poder del pensamiento al que llamamos idea, que un individuo puede poseer para sí, mientras no la comparta; una vez que ella es difundida, se fuerza a sí misma a la posesión de todos y el receptor no puede zafarse de ella. Su carácter peculiar es que, además, nadie posee menos de ella porque otro la posea completamente. Aquél que recibe una idea de mí, aprende sin perjudicar mi conocimiento; así como quien prende su lámpara usando el fuego de la mía, recibe luz sin oscurecerme. Parece parte del peculiar y particular diseño de la naturaleza que las ideas debieran circular libremente de una persona a otra a través del mundo, para la instrucción moral y mutua de la humanidad y la mejora de su condición, cuando ella las hizo, tal como el fuego, expandibles por todo el espacio, sin disminuir su densidad y como el aire en que nos movemos, respiramos y gozamos de nuestra presencia física, incapaces de ser confinadas o de propiedad exclusiva. Las ideas no pueden ser, por su naturaleza, sujetos de propiedad» (citado en Lessig, 2009: 294-295).

mente entre ambas características pues, como señala Lessig, la estrategia jeffersoniana no distingue entre la naturaleza no-rival y no-exclusiva de las ideas:

Técnicamente, Jefferson presenta aquí dos conceptos: uno es la posibilidad de excluir a otros de usar o acceder a una idea, que define como una «acción del poder del pensamiento [...] la cual sólo puede poseer un individuo si la guarda para sí». A la pregunta de si las ideas son «exclusivas», Jefferson responde que una idea es «exclusiva» hasta «el momento en que se divulga». El otro concepto se refiere a si mi uso de la idea divulgada disminuye el uso que otros hagan de ella. Esto plantea si las ideas divulgadas son «rivales» y Jefferson responde de nuevo que, una vez divulgadas, las ideas no son «rivales». En conclusión, Jefferson cree que el acto de divulgarlas o compartirlas hace que las ideas sean tanto «no exclusivas» como «no rivales», y que las personas podemos hacer bien poco para modificar este hecho (Lessig, 2009: 295).

Sin embargo, la naturaleza de ambas características es diferente. La primera característica que Jefferson asocia a las obras del intelecto (su naturaleza no-exclusiva) no es realmente una característica inherente a las ideas, pues ella depende de la capacidad de los *medios tecnológicos disponibles para excluir a terceros de su uso*. Por el contrario, la segunda característica que la defensa jeffersoniana destaca (la no-rivalidad), sí es una propiedad inherente a ellas, pues no depende de la manera en que las personas acceden a la idea. A diferencia de la no-exclusividad, esta propiedad no es contingente y no depende de los medios tecnológicos disponibles. La distinción es importante, pues distintas críticas al derecho de autor se fundamentan precisamente en la confusión entre ambas características. Para ilustrar este punto, considérese la siguiente afirmación de Yochai Benkler:

Para proveer de ingresos a Tolstoi o a un científico cualquiera, regulamos el mercado de las publicaciones: así, se aprueban leyes que facultan a las editoriales para impedir que sus competidores ingresen al mercado. Dado que la ley no permite que los competidores ingresen al mercado de la venta de copias de *La guerra y la paz*, las editoriales pueden cobrar por los contenidos del libro o publicación un precio superior a su costo marginal de cero. A su vez, pueden transferir una parte de esa utilidad a Tolstoi. Aún si estas leyes fuesen necesarias por estas

razones, el mercado que se desarrolla a partir de ellas será, desde un punto de vista económico, sistemáticamente ineficiente [...] puesto que la escuela de la economía del bienestar [*welfare economics*] señala que un mercado produce un bien de manera eficiente cuando el precio del bien coincide con su costo marginal (Benkler, 2006: 79).³

El punto que el profesor Benkler parece omitir es que el costo marginal de producir una copia adicional no es *naturalmente* cero. Es cierto, hoy en día es posible realizar infinitas copias idénticas de una determinada obra y distribuirla por internet sin costo adicional, pero esto no es una característica de las ideas, sino del estado actual de las tecnologías de la información, que permiten copiar y distribuir ideas con un costo marginal cercano a cero. Por la misma razón, del hecho que *hoy en día* sea poco oneroso copiar una obra y distribuirla por internet, no se sigue que las ideas sean no-exclusivas. Lo mismo aplica si consideramos la naturaleza no-rival de las ideas en relación a su costo de transmisión. El hecho de que se pueda aprender una idea, sin afectar la posibilidad de terceros de hacer lo mismo, no dice nada respecto del costo de transmitir o reproducir esa idea. La capacidad de transmitirla o reproducirla, al igual que su «naturaleza» no-exclusiva, es una característica contingente, depende de la tecnología disponible. En efecto, en los tiempos en que las copias de los libros eran caras y escasas,⁴ si bien es correcto afirmar que, en principio, un número infinito de individuos podían aprender una idea utilizando la misma copia (sin considerar factores como el desgaste por el uso), también era cierto que era mucho más sencillo excluirla de terceros (censurando, guardando bajo llave o destruyendo las copias que existieran del soporte físico en el que esa idea se expresaba).

En definitiva, cuando se habla de los desafíos que la tecnología supone para el derecho de autor, ello se debe precisamente a que sus efectos consisten en, por una parte, alterar sustantivamente los costos asociados a excluir a terceros de una obra y, por otra, los costos de transmitir o reproducir dicha obra. A su vez, los costos de reproducir y transferir la información determinan las posibilidades de acceder a ella. A medida que estos costos disminuyen, las únicas barreras al acceso que persisten

3. Todas las traducciones de este artículo (salvo que se señale explícitamente lo contrario) son del autor.

4. Al respecto, véase Eisenstein (1980).

son las impuestas por las tecnologías disponibles para excluir a terceros y, por lo mismo, pasan a tener una relevancia cada vez mayor.⁵ A modo de ejemplo, considérese la siguiente cita:

En primer lugar, un trío de avances tecnológicos ha producido cambios radicales en las dinámicas económicas de la reproducción, distribución, control y publicación de la información. En segundo lugar, la infraestructura de la información se ha vuelto parte de la vida cotidiana, colisionando con la regulación legal de la propiedad intelectual como nunca antes. El trío de avances tecnológicos que han generado estos cambios en las dinámicas económicas de la información es el siguiente: 1) la información en formato digital ha cambiado las dinámicas económicas de la reproducción; 2) las redes computacionales han cambiado las dinámicas de la distribución; y 3) la World Wide Web ha cambiado las dinámicas económicas de la publicación. La información en formato digital reduce radicalmente las dificultades y costos de reproducción. Más aun, produce replicas perfectas, cada una de ellas una semilla de la que pueden originarse nuevas copias perfectas. [...] Una consecuencia importante de esto es la erosión de lo que previamente eran barreras naturales a las infracciones [a la propiedad intelectual], a saber, el costo de la reproducción y la calidad decreciente de las generaciones sucesivas de copias en formatos análogos. Esto, a su vez, altera el balance alcanzado mediante la propiedad intelectual, la que, como todas las leyes, se construye a partir de presupuestos implícitos acerca de la dificultad de incumplir sus disposiciones y una expectativa razonable de que la tecnología que hace de este incumplimiento un acto trivial y privado, no estará disponible para la mayoría de la población (Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure, 2000: 6-7).

Esta «erosión de las barreras naturales a las infracciones de derecho de autor», a las que se refiere la cita, corresponde precisamente a la dis-

5. Utilizo aquí el término tecnología en un sentido amplio, que abarca tanto las máquinas o los artefactos que tradicionalmente entendemos como tecnología (tales como un automóvil, un computador, una lavadora), como los sistemas que instauramos para regular el uso de las obras del intelecto. En este sentido, el derecho de autor es una de las tecnologías de las que un autor dispone para controlar el acceso a su obra. Para un análisis detallado de esta definición amplia de tecnología y su relación con la política, véase Winner (1980: 121-136).

minución de los costos asociados a la reproducción y transmisión de las ideas. Vale la pena notar que dichas barreras no tienen nada de natural, puesto que, como se vio, los costos dependen de la tecnología disponible. Esto explica el hecho de que la respuesta a este fenómeno de «erosión» haya sido aumentar el alcance de los mecanismos institucionales para excluir a terceros de una determinada obra.⁶ Sin embargo, no obstante la notoriedad que ha adquirido, este fenómeno de disminución de costos no es reciente (Boyle, 2003: 42). Lo mismo ha ocurrido con cada avance tecnológico que ha alterado «las dinámicas económicas de la reproducción, distribución, control y publicación de la información». De hecho, como veremos más tarde, la invención de la imprenta está en la raíz de las disputas acerca de la propiedad sobre las obras literarias que enfrentó a autores con editoriales en los albores del derecho de autor.

De este modo, a medida que las tecnologías han facilitado el acceso a las obras del intelecto, se ha acentuado la tensión entre el interés de poder acceder a ellas y el interés de controlar su acceso a través de mecanismos institucionales. ¿Qué es lo problemático o polémico de este fenómeno? La respuesta dice relación con lo que los economistas han llamado el «efecto sobre los hombros de gigantes»:

La información es simultáneamente insumo [*input*] y resultado [*output*] de su propio proceso de producción. Para escribir el artículo académico o noticioso de hoy, es necesario poseer acceso a los artículos y reportes previos. Para crear mi novela, película o canción, necesito poder utilizar y trabajar sobre formas culturales previamente existentes, tales como líneas argumentativas o giros de guión. Los economistas llaman a este fenómeno «el efecto de los hombros de gigante», en alusión a una frase atribuida a Isaac Newton: «Si he visto tan lejos, es porque estoy parado sobre hombros de gigantes» (Benkler, 2006: 37).

Limitar el acceso a las obras del intelecto disminuiría este efecto, reduciendo las posibilidades para la creación de nuevas obras. Por otro lado, un presupuesto básico del derecho de autor es que, en términos

6. Además de esta respuesta «institucional», existen otras estrategias de defensa, por ejemplo, el desarrollo de las llamadas «tecnologías de control de acceso» o DRM (Digital Rights Management). Sobre el punto anterior y sus efectos económicos, véase Rotchild (2006).

muy generales, el autor de una obra tiene la facultad de excluir a terceros de su uso. Sea cual sea la naturaleza y el alcance de esta facultad, dependerá de la teoría que se elija para justificarla. Lo que aquí interesa es mostrar que ésta es la tensión que ha estado siempre al centro del derecho de autor, de un modo u otro.⁷ Para esto, es necesario revisar la evolución de dos de los conceptos centrales al derecho de autor: el concepto de autor y el de dominio público.

EL AUTOR Y EL PÚBLICO: MANIFESTACIONES INSTITUCIONALES DE LA TENSIÓN ENTRE ACCESO Y CONTROL

Como normalmente se reconoce, el antecedente institucional directo del derecho de autor es el Estatuto de la Reina Ana (Mirosevic, 2007: 41).⁸ Sin embargo, para comprender el origen del derecho de autor es necesario comprender que la *categoría de autor* precede a dicho Estatuto (Jaszi, 1991; Woodmansee, 1984). Este punto es importante porque supone reconocer que la categoría legal de autor es un concepto construido socialmente, cuya adopción tiene consecuencias normativas que es preciso explicitar para poder entender correctamente el sentido que tiene el derecho de autor.

La incapacidad de la academia legal de teorizar el derecho de autor se relaciona con su tendencia a dar explicaciones mitológicas sobre la «autoría», haciéndola incapaz (o renuente) a reconocer el concepto fundacional por lo que es: una categoría cultural, política, económica y socialmente construida, más que una real o natural. Abogados que con facilidad están dispuestos a reconocer que el concepto de «negligencia» es un constructo de este tipo, parecen ciegos al hecho de que la autoría también lo es (Jaszi, 1991: 459).

7. Y, en términos más generales, al centro de los mecanismos institucionales cuyo objeto es la regulación de los medios de producción cultural (esto es, el conjunto de normas que inciden en el proceso de producción cultural). En consecuencia, los argumentos aquí presentados debieran aplicar, con algunas modificaciones, tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial. En efecto, el derecho de autor forma parte de lo que podríamos llamar la «familia institucional» denominada, en términos genéricos, «propiedad intelectual». Para una revisión de la relación entre el uso de ambos términos, véase Hughes (2011).

8. Para revisar los antecedentes institucionales del derecho de autor y, en general, de la propiedad intelectual, véase May y Sell (2006).

En particular, la adopción de esta categoría como categoría central parece implicar que el derecho de autor debe comprenderse desde propósitos que son contradictorios entre sí: por una parte, el derecho de autor pretende la difusión de las obras del intelecto y, *simultáneamente*, confiere a los autores la facultad de restringir o denegar la distribución de sus obras, generando una tensión entre beneficio público e interés privado. Esta tensión incluso estaría presente en el título del Estatuto de la Reina Ana: «Una ley para el fomento del aprendizaje a través de la entrega de derechos sobre las copias de los libros impresos a los autores o a quienes compren dichas copias, durante el período aquí mencionado» (Jaszi, 1991: 464).⁹

El problema central del derecho de autor consistiría en determinar cuál es el alcance de los derechos de un determinado autor sobre su obra y explicar cómo dicho alcance se justifica a la luz del interés público en la difusión de dichas obras. La forma más conspicua en que esta tensión se expresa es en los argumentos que las cortes estadounidenses han utilizado tradicionalmente para explicar el derecho de autor: el argumento de los incentivos. Este argumento consiste en sostener que las facultades que constituyen el derecho de autor permiten al autor apropiarse de las ganancias o frutos de la explotación de su obra. En este sentido, el derecho de autor cumple la función de mediar entre el interés público y el interés privado, alineándolos. Sin el derecho de autor, los individuos no crearían obras del intelecto (al menos no tantas como es necesario, ni de la calidad que se espera), pues al no poder apropiarse de los frutos de su trabajo, no tendrían los incentivos necesarios para hacerlo. A pesar de su carácter intuitivo, esta fórmula no disuelve la tensión que identificamos anteriormente. En efecto, es estéril a la hora de responder preguntas tales como cuál debe ser el contenido y alcance del derecho de autor o qué tan intensa debe ser la protección de estos derechos para otorgar un incentivo suficiente a los autores sin perjudicar el interés público de acceder a dichas obras (Jaszi, 1991: 464-465). Como señala Jaszi:

9. En el original: «An act for the encouragement of learning by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies during the times therein mentioned». Pese a las diferencias entre la tradición angloamericana y la continental, es posible apreciar la misma tensión en los orígenes de la regulación del derecho de autor francés. Al respecto, véase Ginsburg (1990: 994-995).

En último término, el análisis basado en incentivos sólo logra reproducir la tensión de objetivos que subyace al derecho de autor bajo nuevas formas. Tal como señala Claude Lévi-Strauss, una manera de mediar entre principios en conflicto consiste en reemplazar un par de términos abiertamente opuestos [*starkly contrasting terms*] con otro par de términos que representen lo que (superficialmente) parece ser una posición más conciliable. Siguiendo este patrón, las Cortes tienden a bajar el perfil de la contradicción fundamental entre los objetivos del sistema de derecho de autor al enfatizar la así llamada «dicotomía entre la idea y la expresión». Así, dado que el derecho de autor sobre una obra protege solamente la expresión, dejando la idea libre para el uso de todos, la tensión entre el interés colectivo y el del individuo pareciera ser menos aguda (Jaszi, 1991: 465).

Tal como señala Jaszi, la distinción entre las nociones de idea y expresión no permite resolver la tensión que existe entre los intereses privados del autor y el interés público de acceder a su obra, pues la dicotomía entre idea y expresión es a su vez un reflejo de la misma tensión, esto es, la tensión entre control y acceso que identificamos anteriormente. Para Jaszi, el problema radica en la aceptación acrítica del concepto de autor y el conjunto de consecuencias normativas que de este concepto se derivan: que existe una categoría específica de actividades privilegiadas, que generan productos de un valor social especial y que dan derecho a quienes practican dicha actividad (esto es, «los autores») a obtener recompensas especiales por dicho ejercicio (Jaszi, 1991: 466).

En efecto, si observamos la evolución histórica del concepto de autor en la tradición angloamericana, veremos que ella se encuentra marcada por los intentos de resolver la tensión que identificamos anteriormente. Jaszi divide la historia del copyright en tres fases en relación a la evolución del concepto de autor. Una primera fase donde se construye la noción jurídica de dicho concepto, tomándolo prestado del movimiento literario del romanticismo. Luego, el concepto de autor da origen al concepto correlativo de obra, que a su vez lo reemplaza como concepto central del derecho de autor. Finalmente, el autor vuelve a aparecer en la doctrina de los «trabajos por encargo», dotado de un contenido y alcance distinto a su formulación original (Jaszi, 1991: 468-500).

Para entender mejor este punto es necesario revisar la historia con un poco más de detalle. Como se dijo anteriormente, el concepto de autor

se manifiesta institucionalmente mediante la promulgación del Estatuto de Ana. Este estatuto pretende responder a los distintos problemas que surgieron con la invención de la imprenta, que tuvo como efecto una disminución radical en los costos de reproducción de las obras (May y Sell, 2006: 90). Además, previo a la promulgación del Estatuto de Ana, el gobierno inglés ya había terminado con el monopolio tradicional de los editores y había prohibido la publicación de cualquier obra sin el nombre y el consentimiento del autor.

Durante gran parte del siglo XVII, el gremio de los editores continuó ejerciendo algo de control sobre el incipiente sistema de derecho de autor a través del sistema de registro de miembros. Durante el interregno, su monopolio fue abolido, no por una aversión al derecho de autor, sino a causa de la desconfianza de los nuevos gobernantes respecto de la censura, al igual que respecto de los monopolios que tanto gustaban a los Estuardos (*Stuarts*). Luego de la caída de la «Cámara Estrellada» (*Star Chamber*) (que era la que había terminado con el monopolio de los editores), el nuevo parlamento prohibió a los miembros del gremio «imprimir o reimprimir nada sin el nombre o consentimiento del autor» (May y Sell, 2006: 90)

En esta posición desmejorada, la estrategia que adoptaron los editores de libros consistió en defender la entrega de los derechos de publicar las obras a sus «dueños», esto es, a los autores. En aquella época, la práctica usual consistía en que los editores compraban los manuscritos junto con el derecho de publicar las obras, por lo que lo esperable era que el reconocimiento de ciertos derechos a los propietarios de la obra beneficiara a los editores de libros y no a los escritores. En efecto, esta estrategia mejoró la posición de los editores de libros en el corto plazo, a pesar de que, en definitiva, terminó por perjudicarla (Jaszi, 1991: 469).

Con la adopción del concepto de «autor» comenzó un proceso donde las nociones de originalidad y creatividad fueron cobrando una relevancia cada vez mayor, dejando los intereses de los editores de libros en un segundo plano:

La autoría, a pesar de ser un concepto indeterminado cuando fue introducido en la ley inglesa en 1710, era un receptáculo cargado, preparado para recolectar contenido durante el siglo siguiente. A pesar de

que el concepto de ‘autoría’ fue introducido en la ley inglesa con el propósito funcional de proteger los intereses de las editoriales (y continuó de esa manera durante todo el siglo XVIII e incluso con posterioridad), el término adquirió una vida propia, en la medida en que las nociones individualistas de la creatividad, originalidad e inspiración se fueron asociando a él. La ‘autoría’ se volvió una ideología. A comienzos del siglo XIX, el conjunto de connotaciones y asociaciones ya estaba fundamentalmente completo y los intereses de las editoriales habían desaparecido del discurso público del derecho de autor. En vez, el conflicto central paso a ser, y continua siendo, un conflicto entre los intereses de los ‘autores’ y el de los ‘usuarios’. A medida que el concepto ‘autoría’ acumuló fuerza y definición, la manera estratégica en la que el concepto fue inserto inicialmente fue olvidada (Jaszi, 1991: 471).

Paralelamente, a mediados del siglo XVIII, mientras el concepto de autor se iba asentando en el pensamiento jurídico, fue surgiendo el concepto correlativo de «obra», entendida como el objeto sobre el cual el autor tenía propiedad. La «obra» era la abstracción cuya manifestación física se realizaba a través de una o más copias:

La terminología de la «obra», utilizada para denominar una abstracción como el sujeto de la propiedad literaria, emergió sólo a mediados del siglo XVIII a través de la elaboración judicial del marco legislativo. En el sentido inmediato, este desarrollo fue una consecuencia de la comercialización y comodificación de la cultura impresa que se desarrolló durante el siglo XVIII. El comercio activo de derechos de uso en la propiedad literaria, separada de los manuscritos físicos, eventualmente hizo necesario que se desarrollara esta nueva terminología. En efecto, la «obra» era la forma comodificada u objetivada del trabajo del «autor», que permitía a las editoriales percibir la plusvalía de dicho trabajo (Jaszi, 1991: 473-474).

A medida que la obra fue distinguiéndose conceptualmente de la copia física, ella fue desplazando al concepto de autor como la idea central del derecho de autor. Por otra parte, este concepto fue funcional tanto para fortalecer los intereses de los propietarios sobre las obras, como para permitir el comercio de éstas, pues este nuevo vocabulario permitía distinguir entre la propiedad sobre la obra y la propiedad sobre la copia.

La «obra» surgió en dos contextos funcionales distintos. En primer

lugar, el concepto de la «obra», ya plenamente desarrollado, fue fundamental para lograr un nuevo equilibrio entre el interés de acceso del público y el interés de los propietarios. En segundo lugar, la identificación de la «obra» autónoma como el foco de la protección de derechos de autor fue crucial para el desarrollo del mercado secundario de las producciones literarias y artísticas. En la práctica, el cambio rápido de las tecnologías de reproducción y distribución hizo necesario un concepto abstracto de obra para efectos de su protección jurídica. Ideológicamente, el nuevo énfasis en la «obra» minimizó la amenaza para el libre intercambio que planteaba la noción de un vínculo íntimo entre el «autor» y sus producciones (Jaszi, 1991: 477-478).

El situar el concepto de obra al centro del derecho de autor, tuvo como consecuencia privar al concepto de autor de la mayor parte de su contenido normativo. El autor pasó a definirse en función del concepto de obra, quedando atrás la vieja noción romántica del autor como aquel genio creativo que aportaba a la expansión del género humano con sus obras originales. El autor era simplemente aquel individuo identificado como creador de la obra. Esto, en la práctica, significó una expansión del derecho de autor. Pues, sin los elementos ideológicos y estéticos que aportaba la noción romántica de autor, toda obra de intelecto pasó a ser susceptible de protección bajo el derecho de autor.¹⁰ Esta evolución dejó listo el terreno para la creación de un «mercado de las obras del intelecto»:

Con el triunfo del concepto ampliado de la obra abstracta, la primera fase de la historia de la doctrina de los derechos de autor llegó a su fin. El proceso de apropiación que comenzó con los editores enarbolando la bandera de la «autoría» se completó a través de la objetivación jurídica de los frutos del trabajo creativo. Por lo tanto, ya estaban presentes las

10. De acuerdo con Jaszi: «La decisión alcanzada en el caso Bleistein, con su énfasis en la *obra* y su abdicación del rol del juez como un árbitro estético, generaliza la autoría y, al mismo tiempo, la hace desaparecer, dejando a esta categoría sin sus asociaciones tradicionales y prácticamente sin ningún tipo de significado. Al hacer esto, la decisión sirve de fundamento para una expansión significativa del derecho de autor. En efecto, la revisión de la autoría en el caso Bleistein fue instrumental a la hora de ampliar y generalizar las categorías de obras que podían considerarse sujetos de protección bajo el derecho de autor» (Jaszi, 1991: 483).

condiciones necesarias para un mercado en los textos como las materias primas (Jaszi, 1991: 479).

Sin embargo, esto no significó la desaparición de este concepto. Como puede apreciarse en el desarrollo posterior del derecho de autor, esta noción cumple un rol estratégico, a menudo justificando la expansión del ámbito de los intereses protegidos. Un ejemplo de este fenómeno puede apreciarse en el rol que tuvo el concepto de autor en el desarrollo de la jurisprudencia de los trabajos por encargo (*works for hire*¹¹). Después de una fase en la que la carga normativa había estado ubicada en el concepto de obra, el concepto de autor volvió a cobrar importancia. Sin embargo, su reaparición es en términos radicalmente diferentes al concepto romántico de autoría que vimos anteriormente:

A pesar de la tendencia de la ley estadounidense de invocar el individualismo liberal para justificar estructuras económicas que frustran las aspiraciones de las personas reales, es sorprendente encontrarse con la concepción romántica-individualista de la «autoría» siendo desplegada para apoyar un régimen que disocia los creadores del interés jurídico en sus creaciones: la doctrina de las «obras por encargo» [*works for hire*] de la ley estadounidense de derechos de autor. Allí donde la doctrina es aplicable, la empresa o persona que paga al creador de una obra es considerado como el «autor» para efectos de la propiedad sobre los derechos de autor, en lugar de la persona que la creó efectivamente. [...] En esta configuración legal, los derechos del empleador no se derivan de una subvención implícita o asignación por parte del empleado. Más bien, estos derechos son el resultado directo de su condición o estatus de empleador. Irónicamente, las demandas de los empleadores se racionalizan en términos de la concepción romántica de la «autoría» con sus valores concomitantes de «originalidad» e «inspiración» (Jaszi, 1991: 485-486).

Como podemos ver, el concepto de autor reaparece transfigurado para efectos de justificar el interés de la persona jurídica que encarga un trabajo para apropiarse de éste. Lo paradójico es que nada podría estar

11. Para un análisis detallado del origen y la evolución de esta doctrina, véase Fisk (2013). Una revisión de esta doctrina por parte de la Corte Suprema estadounidense se encuentra en *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730 (1989).

más lejos de la noción romántica tradicional de autor que una persona jurídica, a la cual es imposible atribuir razonablemente conceptos como los de «genio creativo». Una evolución similar se puede apreciar en el derecho francés a partir del *affair Microfor*, en donde la Cour de Cassation confirió protección a una base de datos de artículos del periódico *Le Monde* (realizada sin autorización). En efecto, acá es posible apreciar que la corte defiende un «concepto de obra lo suficientemente generoso como para cubrir el tipo de actividades informativas en las que la ‘personalidad’ del compilador no es evidente» (Ginsburg, 1988-1989: 282).

Más allá de la evaluación que podamos tener acerca de este punto, lo que aquí importa es apreciar, a través de la evolución del concepto de autor, cómo se ha manifestado la tensión entre control y acceso en el derecho de autor y cómo ella ha estado presente en el centro de las controversias que históricamente han resurgido ante la presión de distintos cambios tecnológicos (May y Sell, 2006: 107-108).

Otra de las instituciones en cuyo desarrollo histórico es posible apreciar la tensión entre los intereses de control y acceso, se encuentra a las antípodas del concepto de autor. Nos referimos al llamado *dominio público*. Si bien la discusión acerca de la naturaleza de este concepto, los elementos que lo componen y su alcance, es coetánea al surgimiento del derecho de autor (Litman, 1990: 978), ella está lejos de ser una cuestión resuelta o sobre la que exista un consenso amplio.

En efecto, Elisa Walker Echenique ha identificado al menos tres conceptos de dominio público: extensivo, restrictivo e intermedio. El concepto restrictivo de dominio público consiste en: «una categoría que agrupa a todas aquellas obras que originalmente eran protegidas por el derecho de autor o derechos conexos, pero que ahora pueden ser utilizadas por cualquier persona ya que son libres de la protección de la propiedad intelectual» (Walker Echenique, 2014: 131). A su vez, el concepto extensivo agrupa:

todas aquellas hipótesis en las que es posible usar una obra determinada sin la necesidad de pedir autorización para ello. Esta noción del dominio público incluye todas las hipótesis anteriores, pero agrega aquellos supuestos que la ley identifica como limitaciones o excepciones al derecho de autor. También puede abarcar aquellos casos en los que los usuarios pueden usar las obras libremente debido a que el autor o ti-

tular de la obra ha otorgado dicho permiso en forma general o especial, y anticipada, como los casos del uso de las licencias Creative Commons (Walker Echenique, 2014: 131).

Finalmente, Walker Echenique identifica algunos casos especiales (como el chileno), cuya regulación no calza con ninguna de las definiciones anteriores. No es de sorprenderse que éste sea el caso, puesto que desde sus orígenes el dominio público ha sido una institución problemática. De hecho, a pesar de que el Estatuto de Ana establecía una duración de veintiún años para la protección de aquellos libros que ya habían sido publicados y de catorce años para los nuevos libros, con la posibilidad de extender este período por catorce años adicionales si el autor seguía vivo, los editores hicieron caso omiso de esto y durante mucho tiempo trataron estos beneficios como derechos a perpetuidad:

Incluso después de la aprobación del Estatuto, las principales editoriales de Londres continuaron tratando la propiedad literaria —incluyendo las obras de escritores ingleses clásicos como Shakespeare y Milton— como una forma de propiedad perpetua, e interpusieron acciones judiciales contra aquellos que intentaron volver a imprimir estos textos clásicos. De este modo, en la práctica el dominio público no existía, incluso después de la aprobación del Estatuto de Ana. La afirmación por parte de las editoriales londinenses acerca de la perpetuidad de los derechos sobre los libros vendidos se basa en la teoría de que los autores disfrutaban de un derecho perpetuo, garantizado por el derecho común —el derecho de propiedad sobre su trabajo— y que este derecho de propiedad fue transferido al librero cuando se vendió la obra. El derecho estatuario, los libreros argumentaron, no era más que un complemento al derecho común, que era perpetuo. Estas afirmaciones llevaron a seis décadas de conflictos jurídicos acerca de la cuestión de la propiedad literaria, como se le llamaba entonces, y hacia dos grandes casos en que se resolvió el asunto (Rose, 2003: 77).

Los dos casos a los que se refiere el autor son *Millar v. Taylor* y *Donaldson v. Becket*. En *Millar*, la corte decidió en contra de hacer valer los plazos para la protección de las obras literarias. La disputa se dividió entre las posturas de Lord Mansfield y Joseph Yates. El primero entendía el derecho de autor como un derecho natural derivado del derecho de propiedad que todo hombre tiene sobre los frutos de su trabajo:

Ya que es justo que un autor coseche los beneficios pecuniarios de su propio ingenio y el trabajo, se entiende que es justo que otro no debe usar su nombre sin su consentimiento. Es conveniente que él juzgue cuándo publicar, o si alguna vez va a publicar. Es conveniente que no sólo elija el momento, sino también la forma de publicación; cuántos; qué volumen; qué imprenta. Es conveniente, que él elija a quién confiará la veracidad y corrección de la impresión.¹²

El segundo, a través de su voto disidente, también argumentó desde la lógica de la naturaleza de los derechos sobre las obras literarias, pero para defender la posición contraria. De acuerdo con Yates, si bien el legislador podía otorgar privilegios a los autores, como lo había hecho a través del Estatuto de Ana, éste no era un derecho natural, ni tampoco, dada la naturaleza inmaterial de las obras literarias, ellas eran susceptibles de ser objeto del derecho de propiedad, puesto que:

Su completa existencia reside en la mente; siendo incapaz de ser adquirida o gozada de cualquier otro modo, que no sea la posesión mental; seguras e invulnerables, gracias a su propia inmaterialidad; no hay traspaso que pueda alcanzarlas o daño que las afecte. Sin embargo, estos son los fantasmas que el autor quiere capturar para sí.¹³

La discusión en este fallo era acerca de la *naturaleza del derecho de propiedad* y tan sólo indirectamente una discusión acerca de la noción de dominio público. Esta lógica continuó en *Donaldson v. Becket*. Si bien en este caso se revirtió la decisión tomada en *Millar*, también se planteó y resolvió desde la perspectiva de la naturaleza del derecho de propiedad. En el largo plazo, el fallo instauró una retórica que permitió la expansión del derecho de autor. Si bien quedó asentada la posición que sostenía que el derecho de autor no era un derecho perpetuo, la posición del dominio público quedó en una posición desmejorada, pues el mero interés público a menudo no era suficiente para contrarrestar el poderoso efecto retórico que suponía entender el derecho de autor como una forma de propiedad:

12. *Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201, 252 (K.B. 1769), citado en Rose (2010: 79).

13. *Millar*, 98 Eng. Rep. at 233 (voto disidente de Joseph Yates), citado en Rose (2010: 80).

De hecho, cada vez que el asunto se presentó ante la legislatura, la [tesis de la] perpetuidad fue derrotada. Sin embargo, cada vez que se presentó ante los tribunales de justicia, el tema fue abordado en términos de la teoría de la propiedad. Samuel Johnson podría hablar con elocuencia acerca de las obras pertenecientes al público por el bien general del mundo, pero a los abogados se les hacía más difícil que a Johnson ignorar un derecho de propiedad que, como incluso el mismo Johnson dijo, «por su naturaleza debería ser perpetuo». Que los abogados ingleses hayan sido capaces de desarrollar un fuerte discurso a partir de los derechos de propiedad, pero no un discurso equivalente a los derechos del público, no debiera ser muy sorprendente. Tal como reza el adagio, la posesión es nueve décimas partes de la ley o, como me gustaría entenderlo, la ley es sobre todo acerca de la propiedad. Para los abogados del siglo XVIII era mucho más fácil pensar en los derechos de autor en términos de derechos de propiedad, ya sea a favor o en contra de éstos, que encontrar una manera de formular las demandas de la sociedad civil (Rose, 2010: 85).

Como puede apreciarse, en la discusión acerca del dominio público también se manifiesta la tensión entre control y acceso que está presente al discutir sobre la naturaleza del concepto de autor. En efecto, las distintas posiciones doctrinarias, respecto tanto del concepto de autor como del concepto de dominio público, se explican a partir de la primacía de uno u otro interés. El posterior desarrollo del debate en torno al dominio público en la jurisprudencia estadounidense ilustra este punto con claridad. Desde sus inicios, el concepto de dominio público sirvió precisamente como una válvula para regular de manera adecuada la tensión entre los intereses privados y públicos:

La primera ley estadounidense sobre derechos de autor estableció derechos sobre los «libros», pero no explicó qué partes de ellos estaban sujetas a su protección. Cuando los propietarios de derechos de autor comenzaron a interponer demandas basadas en derechos de propiedad extensivos, los tribunales se dieron a la tarea de definir la naturaleza del conjunto de los derechos que componen el derecho de autor. Al hacerlo, fueron definiendo poco a poco los contornos del dominio público (Litman, 1990: 978).

Este desarrollo, sujeto a la tensión entre ambos intereses, a menudo ha sido considerado errático. El caso seminal para entender este concep-

to es *Baker v. Selden*. El demandante (Baker) reclamaba derechos sobre un sistema contable, expresado en distintos libros sobre contabilidad que había publicado. Alegaba que el demandado había copiado los sistemas contables y los formularios publicados en sus libros. La corte rechazó la demanda y estableció que el derecho de autor sobre los libros no confería derechos sobre los sistemas contables, pues tanto los sistemas contables como los formularios pertenecían al público: precisamente el objeto de publicar un libro científico, o sobre alguna de las «artes útiles» (*useful arts*), era comunicar al mundo el conocimiento útil o valioso contenido en dicha obra. Este objeto se veía frustrado si el conocimiento no podía utilizarse libremente sin incurrir en el riesgo de ser condenado por piratería. Este fallo tuvo una serie de desarrollos posteriores, donde se declaraba que ciertos aspectos de las obras del intelecto no eran sujetos de apropiación a través del derecho de autor, prevaleciendo en consecuencia el interés público de acceder y utilizar estas obras. A través de esta línea de razonamiento, las cortes mantuvieron la línea argumentativa adoptada en *Baker*.

Baker v. Selden generó varias líneas superpuestas de autoridad acerca de qué aspectos de una obra protegida por derechos de autor no cuentan con protección. La aplicación más directa de *Baker v. Selden* niega los derechos de autor a los formularios en blanco. Una segunda línea de casos deniega la protección del derecho de autor a los artículos utilitarios. La tercera línea, la más fundamental, prohíbe la protección de derechos de autor para las ideas, teorías, procesos o sistemas. La cuarta consecuencia de *Baker v. Selden* se conoce como la ‘doctrina de la fusión’. La doctrina señala que cuando las ideas contenidas en una obra son inseparables de la expresión de dicha obra, el derecho de autor no puede prohibir el uso de la expresión necesaria para transmitir dichas ideas (Litman, 1990: 981).

De este modo, según señala Litman, durante el siglo XX el concepto de dominio público en la jurisprudencia tuvo tres líneas de desarrollo: los casos respecto de *sistemas*, casos respecto de *películas*, y casos de *directorios o recopilaciones de datos*. Así, cada una de estas líneas representaría una manera diferente de comprender el dominio público, sometiéndolo a estándares aparentemente incompatibles:

En los casos de sistemas, los individuos intentaban establecer su pro-

piedad de toda una forma de hacer las cosas a través de la estrategia de escribir un libro sobre el tema. Aunque la ley de patentes ofrecía un riguroso procedimiento para reclamar los derechos de propiedad y demostrar el alcance de los derechos de cada titular, los inventores trataron de utilizar esta estrategia para paralizar a sus competidores y evitar los rigores del sistema de patentes. Las cortes respondieron haciendo avanzar el argumento *quid pro quo*, donde el público exige un tributo a cambio de defensa jurídica. En los casos relativos a películas, los tribunales se enfrentaban a reclamos a la propiedad exclusiva sobre los temas y los adornos comunes a las obras de ficción. Ellas respondieron manteniendo estos elementos fuera del ámbito apropiación privada. Por último, en los casos de directorio, los autores reclamaban la propiedad exclusiva sobre material del que no podían afirmar plausiblemente que habían originado, pero que sin embargo habían invertido mucho trabajo en recolectar. Los tribunales otorgaron protección a este trabajo (Litman, 1990: 991-992).

Como puede apreciarse, los distintos sistemas de casos que componen la jurisprudencia estadounidense sobre el derecho de autor responden a racionalidades incompatibles entre sí. Por lo mismo, la doctrina ha caracterizado este desarrollo como errático y a menudo se lo interpreta como el resultado de un esfuerzo por hacer justicia «caso a caso» antes que un esfuerzo por preguntarse acerca de la racionalidad de derecho de autor o de sus fundamentos (Litman, 1990: 991).

De este modo, el escenario del derecho de autor no parece promisorio: luego de analizar la evolución de dos de sus conceptos centrales, encontramos un área del derecho que pareciera caracterizarse por encontrarse dividida entre dos objetivos incompatibles y cuyo desarrollo, origen y expansión son expresión de los intereses económicos de los actores involucrados en la producción de obras del intelecto (como se ha visto, ha ocurrido con los libreros o las compañías desarrolladoras de software). Esto nos obliga a referirnos brevemente al problema de si *acaso es posible justificar el derecho de autor*.

¿ES POSIBLE JUSTIFICAR EL DERECHO DE AUTOR?

Como vimos en la sección anterior, la tensión entre control y acceso ha estado presente, de una u otra manera, en el desarrollo histórico del

derecho de autor. Al mismo tiempo, a la luz de dicho desarrollo, es posible apreciar cómo la discusión acerca del alcance y contenido de las instituciones que componen el derecho de autor se ha caracterizado por estar bajo la influencia de distintos grupos de presión. En este contexto, es necesario hacer frente a lo que llamaremos la «objección del escéptico», que consiste en la posición teórica que entiende el derecho de autor como el resultado de la presión que ejercen grupos de interés y concluye que la tarea de justificar el derecho de autor es, en el mejor de los casos, un error bienintencionado, y, en el peor, una manera de mantener vigente una institución injusta. Éste es un lugar común en la doctrina y, por lo mismo, no debe desestimarse la objeción del escéptico como una mera cuestión teórica, sin interés práctico alguno o simplemente como críticas de parte de algún sector radicalizado. Basta con hacer una revisión somera al estado actual de las cosas, para ver que las críticas que se hacen al derecho de autor son bastante generalizadas y distan de ser cuestiones sin consecuencias prácticas relevantes. Esta objeción es parte de un fenómeno más generalizado que forma parte de nuestra cultura legal contemporánea:

Las teorías de gobierno que se utilizan en la teoría legal norteamericana a menudo presentan una imagen poco atractiva del proceso legislativo como una mezcla de negociación de votos, intercambio de favores, apropiación estratégica de intereses [*interest-pandering*], sustracción de fondos [*pork-barreling*], regateo [*horse-trading*] y representación de intereses partisanos [*arrovian cycling*]. En realidad, lo presentan como cualquier cosa salvo como decisiones políticas basadas en principios. Los académicos legales se basan en la ciencia política y en las teorías sobre grupos de interés, lo que supone entender las leyes como el resultado de los tratos o negociaciones realizadas entre distintas facciones que representan intereses privados más o menos poderosos, de manera tal que una ley particular tiene prácticamente ninguna dignidad o autoridad inherente por sí misma (Waldron, 1999: 30).¹⁴

Esta manera de comprender el derecho en general, y el derecho de autor en particular, ha generado consenso respecto a que se trata de una institución que se encuentra en un estado de crisis o, al menos, posee

14. El mismo punto ha sido expuesto con mucha claridad por Delacroix (2006).

un estatus controversial. Este es un punto que reconocen hasta los más acérrimos defensores del derecho de autor (Ginsburg, 2002: 61). Es así como la tarea de justificar el derecho de autor se vuelve fundamental, en tanto la práctica de justificar una institución sólo tiene sentido en el contexto de una controversia u objeción:

La justificación es en gran medida un concepto «defensivo», en el sentido de que exigimos justificaciones en el contexto de una presunción de fondo compuesta de posibles objeciones: de este modo, intentamos justificar principios morales mostrando que son verdaderos o válidos, para superar las objeciones del escéptico o del nihilista; justificamos la coerción en el contexto de una presunción general en favor de la libertad; justificamos nuestras acciones en escenarios legales en contra de preocupaciones acerca de aparentes ilegalidades *prima facie*; y así sucesivamente (Simmons, 1999: 740).

Antes de responder a la crítica del escéptico, es necesario aclarar con precisión en qué consiste. Una de las formas más radicales del argumento escéptico es la formulada por el profesor Felix Cohen, de la llamada Escuela del Realismo Legal. La crítica que hace Felix Cohen¹⁵ se basa en el reconocimiento del hecho de que:

las reglas legales son simplemente fórmulas que describen uniformidades de las decisiones judiciales, aquellas decisiones no son en sí mismas productos de una partenogénesis lógica, nacida de principios legales preexistentes, sino que son hechos sociales con sus respectivas causas y consecuencias sociales. Sólo entonces estaremos listos para el asunto serio de entender el derecho y las instituciones legales en términos de algún estándar de valores morales (Cohen, 1935: 847).

Lo que se sugiere en el párrafo citado es que los conceptos legales nos impiden ver el derecho como lo que realmente es: el resultado de acontecimientos en el «mundo real», acontecimientos con causas y consecuencias de naturaleza social.¹⁶ Por lo mismo, propone que abandonemos estas instituciones y conceptos del derecho y remplacemos el análisis de

15. Respecto de esta crítica y las respuestas, véanse Cohen (1935), Kennedy (1936) y Waldron (2000).

16. A la luz de la revisión histórica del desarrollo del derecho de autor, este punto es bastante plausible y, por lo mismo, debe ser analizado con detención.

estas categorías conceptuales por el análisis de sus efectos en el «mundo real»:

Lo que las cortes hacen realmente en los casos de competencia injusta, es crear y distribuir nuevas fuentes de riqueza o poder económico. El lenguaje es socialmente útil con independencia del derecho, así como el aire es socialmente útil, pero ni el lenguaje ni el aire son fuentes de riqueza económica por sí mismos, a menos de que se prohíba a algunas personas utilizar estos recursos de la misma manera en que se le permite a otros. Esto equivale a decir: la propiedad es una función de la desigualdad (Cohen, 1935: 816).

Así, en el ejemplo de la cita, se puede apreciar cómo, de acuerdo con Cohen, el concepto de propiedad privada, en tanto concepto legal, tiene como función ocultar el hecho que a través de él se crea y se distribuye riqueza. Lo que Cohen propone es evaluar esta institución a partir de sus efectos sociales, o de lo que los jueces hacen «de hecho» al aplicar estos conceptos. Este punto de vista «realista»,¹⁷ implica adoptar lo que Ernst Weinrib ha llamado un «punto de vista externo» al derecho de autor. Ésta es la tendencia actual en la teoría del derecho y, en cierta medida, se ha vuelto la manera intuitiva de comprenderlo:

Hoy en día, la tendencia dominante es analizar el contenido de la ley desde el punto de vista de un ideal externo, que la ley debe hacer cumplir o declarar. En la academia contemporánea se encuentra implícita la idea de que la ley encarna o debería encarnar algún objetivo (por ejemplo, la maximización de la riqueza, la disuasión de mercado, la libertad, la utilidad, la solidaridad) que puede especificarse aparte de la ley y puede servir como el baremo por el que ella debe ser evaluada. Así, la ley es considerada como un instrumento para la consecución de algún propósito, deseable de manera independiente y dado desde el exterior (Weinrib, 1995: 955).

La idea de que el derecho sirve (o debe servir) para algo parece evidente y, en cierto sentido, es correcta. Sin embargo, si por ejemplo uno observa los argumentos esgrimidos por los jueces en las distintas líneas jurisprudenciales del dominio público descritas en la sección anterior,

17. Para un panorama general sobre el realismo jurídico y sus herederos, véase Singer (1988).

se puede ver que los jueces no fallan los casos apelando directamente a un objetivo extrínseco al derecho de autor, sino que lo hacen haciendo referencia a las categorías conceptuales que lo caracterizan. La autocomprensión de los agentes que normalmente aplican el derecho de autor, tales como jueces y abogados, es que ellos no argumentan sus posiciones a partir de agendas particulares (sin perjuicio de que las puedan tener y a menudo las tengan), sino que, precisamente, lo hacen desde el punto de vista de los conceptos e instituciones que constituyen el derecho de autor y que al profesor Cohen le gustaría desechar (cf. Dworkin, 1975: 1059-1960). En este sentido, la objeción del escéptico descansa en una descripción, que si bien puede ser correcta desde «fuera del derecho» (esto es, por ejemplo, desde el punto de vista de la sociología, la economía o la ciencia política), no es acertada desde el «punto de vista interno» del derecho de autor (esto es, desde el punto de vista de la autocomprensión de los agentes que participan en la práctica).

Ahora bien, como veremos en esta sección, una teoría debiera cumplir con al menos dos funciones. En primer lugar, una teoría debiera ser capaz de: a) dar cuenta de las instituciones y conceptos que componen una determinada disciplina del derecho; y b) resolver de manera satisfactoria los problemas que surgen al interior de esta disciplina. Bajo esta perspectiva, llamaremos *descriptiva* a la primera de estas funciones, que consistiría en entregar una explicación coherente con las características que distinguen a esta institución:

Al interior del inmenso entramado de casos, doctrinas, conceptos, procedimientos, políticas y estándares que componen el derecho civil, algunas características tienen un significado especial. Son aquellas que son notorias [*salient*] en nuestra concepción del derecho privado, en el sentido de que su ausencia sistemática implicaría la desaparición del derecho privado como una forma reconocible de ordenamiento. Son tan centrales que cualquier discusión plausible acerca del derecho privado las presupone o invoca. Al nivel de la práctica deben ser explicadas, puesto que una exposición que las ignorase, o no les hiciera justicia, corre el riesgo de ser considerada forzada o artificial o, en algún sentido, insuficiente. Estas propiedades caracterizan al derecho privado en el sentido literal de que indican su carácter distintivo (Weinrib, 1995: 9).

Así, en el contexto del derecho de autor, una teoría debiera ser capaz

de explicar, por ejemplo, por qué en la tradición continental algunos de los derechos atribuidos al autor de una obra se encuentran sujetos a un límite temporal, mientras que otros no (Cotter, 1997-1998). Una teoría que no es capaz de dar cuenta de (y en este sentido, de *justificar*) esta característica no debe contar como una teoría plausible del derecho de autor.

En segundo lugar, una teoría cumple con una función que podríamos llamar *constitutiva*. En este plano, tiene como función proveer los criterios que permiten adjudicar los *casos difíciles*. Entendemos por casos difíciles las controversias en las cuales el desacuerdo no es acerca del significado de una u otra expresión contenida en la disposición, sino que aquellos en los que, aun estando claro su significado, existe controversia sobre si ella aplica o no a un caso determinado.¹⁸ Para usar un ejemplo clásico, es el tipo de discusiones que no versan acerca del significado de la expresión «dormir», sino acerca de si una norma que prohíbe a las personas dormir en la estación de trenes aplica a un pasajero que se quedó dormido mientras esperaba el siguiente tren.¹⁹

Más allá del complejo conjunto de problemas asociados a establecer una «teoría de los casos difíciles» (que exceden el alcance de este trabajo), es plausible sostener que una teoría debe ser capaz de dar una solución a este tipo de controversias (cualquiera sea la mejor manera de describirlas). En otras palabras, una teoría del derecho de autor que pretenda cumplir las funciones anteriormente descritas, debiera ser capaz de contestar las preguntas difíciles que surgen en el contexto del derecho de autor y a las que los juristas se enfrentan regularmente. Para aclarar el punto, tomemos como ejemplo un caso reciente de la doctrina nacional y que originó la siguiente pregunta: ¿debiera pagar un hotel por poner a disposición de sus pasajeros un televisor en sus habitaciones?

En estos casos, la controversia no ha sido acerca del significado de las palabras expresadas en la disposición que regula la comunicación al público en la Ley 17.336²⁰ (no es una controversia gramatical o semántica),

18. Para un análisis del problema de cómo deben caracterizarse los casos difíciles, véase Atria (1999).

19. Este es uno de los típicos ejemplos que se utilizan para explicar el tipo de controversias a las que se refieren los casos difíciles. Al respecto, véase Fuller (1958).

20. De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 letra v) de la ley, comunicación pública

sino si acaso *a la luz de las razones por las cuales se regula este uso de una obra*, debiera entenderse que, para efectos de lo establecido en la ley, el hecho de poner equipos de televisión a disposición de los clientes de un hotel, equivale a una comunicación pública. A su vez, la respuesta a esta pregunta depende, en última instancia, de las razones que se den para justificar esta institución. Para ilustrar el punto, es conveniente detenerse un instante en el ejemplo utilizado anteriormente. Al respecto, Alberto Cerda Silva ha señalado:

La generalidad de la jurisprudencia nacional parte del amplio concepto de comunicación pública y constata que las disposiciones de la ley sobre derechos de autor no incluyen una excepción que permita a pequeños y medianos establecimientos comerciales encender sus radioreceptores ni televisores sin que medie autorización del titular de los derechos de autor o la entidad de gestión colectiva de derecho que lo represente (Cerda Silva, 2013: 89).

Como se puede ver en este caso, la jurisprudencia nacional, de acuerdo al análisis que hace el autor, defiende una concepción²¹ amplia del concepto de comunicación pública. Es interesante revisar las razones que Alberto Cerda Silva da para resistir esta interpretación, puesto que ilustran bien la relación entre lo que hemos llamado la función constitutiva de una teoría y su función descriptiva. De acuerdo con éste:

Conceptualmente, este criterio debía requerir el pago de derechos autorales al taxista que mantiene su radio encendida, a quien canta canciones de amor a su enamorada por teléfono (especialmente si ésta pone la llamada en modalidad *speaker*), o a quien, inspirado en los ochenta, circula por las calles cargando a cuestas un radioreceptor encendido (Cerda Silva, 2013: 89).

El argumento que ofrece Cerda Silva para resistirse a una interpreta-

es «todo acto que permite difundir una obra dando acceso a ella a una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, sin que medie distribución de ejemplares. Constituye también tal comunicación la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija».

21. La distinción entre concepto y concepción se encuentra en Dworkin (1978: 134-146).

ción amplia del concepto de comunicación pública consiste en mostrar cómo la lógica que subyace a esta interpretación, aplicada a otros casos, arroja resultados que son *incoherentes* con dicha institución: esto es, que no es razonable sostener que ella aplica al caso de un taxista que está escuchando música mientras transporta a un cliente a su destino. Volviendo al ejemplo anterior, esto sería análogo a sancionar al pasajero que se quedó dormido mientras esperaba el siguiente tren. En términos más abstractos, lo que Cerda Silva quiere demostrar con los ejemplos que ofrece es que la concepción amplia de la comunicación al público que defiende la jurisprudencia nacional no satisface las condiciones que exige la función descriptiva de una teoría. Esto es, que ella no es plausible a la luz de las características que esa institución posee y que debiera ser capaz de explicar.

De esta manera, las distintas teorías que pretenden justificar el derecho de autor deben ser capaces de entregar criterios para construir respuestas en los casos difíciles. Al mismo tiempo, esas respuestas deben ser coherentes con las características que el derecho de autor posee. Sin embargo, personas razonables pueden discrepar acerca de cuál es la manera correcta de describir una institución, especialmente si se considera que esa descripción incluye elementos complejos, como doctrinas, principios, conceptos, estándares, etcétera. Esto a menudo llevará a estas personas a sostener soluciones diversas para una misma situación jurídica (Dworkin, 1975: 1059-1060). Éste es un hecho básico de los asuntos relacionados con la justicia (Waldron, 1999: 1). Las discrepancias acerca de cuáles son los principios de justicia que subyacen a una determinada institución (en el caso que nos ocupa, el derecho de autor), se traducen en discrepancias acerca de cuál es la manera correcta de describir estas instituciones, lo que a su vez tiene consecuencias a la hora de adjudicar los casos difíciles. Es por esto que los casos difíciles son claves para entender el derecho de autor: en las respuestas que se dan a ellos, se manifiestan más claramente las distintas maneras de entender el derecho de autor y, por lo mismo, lo que está en juego es la tensión entre acceso y control. De este modo, entender esta tensión equivale a entender el derecho de autor, y resolverla equivale a proponer una teoría capaz de justificar el derecho de autor.

Es preciso detenerse un instante en lo que entendemos por «resolver una tensión». Imaginemos una teoría que, al explicar el derecho de au-

tor, privilegia la función de difusión del conocimiento que tradicionalmente se adscribe al derecho de autor (y que hemos identificado como el «interés de acceso»). Un juez que considere que esta teoría es plausible, al adjudicar un caso difícil a partir de ella, tenderá a interpretar restrictivamente aquellas disposiciones que otorguen mayor control al autor y a interpretar de manera amplia las disposiciones que establezcan excepciones para el uso de su obra. A su vez, deberá hacer esto de manera tal que su interpretación aparezca como una interpretación plausible del derecho de autor, a la luz de su cultura jurídica, la tradición legal a la que pertenece, las prácticas generales, etcétera. Lo mismo ocurre con una teoría que privilegie la otra dimensión de la tensión entre control y acceso (el interés de control). El problema radica en que ninguna de estas teorías será coherente desde el punto de vista de la dimensión opuesta de la tensión. Es decir, una teoría que explique el derecho de autor a partir del interés de controlar el acceso a una obra, será incapaz de incorporar en esa explicación el interés de acceder a esa obra para efectos de su difusión y viceversa. A esto nos referimos con que existe una tensión entre los intereses de acceso y control: desde el punto de vista del objetivo de garantizar el acceso y la difusión de las obras, los intereses de los autores son irrelevantes. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del objetivo de garantizar a los autores el control de los usos de su obra, para efectos de «promocionar el avance de las ciencias y de las artes», la garantía de acceso es contraproducente. Así, cualquiera sea el interés que prime en la adjudicación de un caso difícil, la solución siempre será incoherente respecto de alguna de estas dimensiones.

En consecuencia, si no se resuelve la tensión, las razones que se den para justificar el derecho de autor serán insatisfactorias para uno u otro «bando»: los defensores de la expansión del derecho de autor o aquellos que pretenden restringirlo en razón de potenciar el acceso. Por lo tanto, una teoría que pretenda resolver la tensión entre ambas dimensiones del derecho de autor debe ser capaz de dar cuenta de *ambos intereses de manera simultánea*. Esto es, demostrar que las razones por las cuales se otorgan facultades de control a los autores son las mismas razones por las que se otorgan derechos de acceso al público.

CONCLUSIÓN. EL DOMINIO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL AUTOR

Después de este pequeño interludio podemos volver al análisis del dominio público pendiente en la sección anterior. Como se expuso, la jurisprudencia estadounidense ha sido criticada por carecer de coherencia, utilizando criterios disímiles e incompatibles para resolver los casos donde se discuten los límites del dominio público. Al mismo tiempo, argumentamos que esta incoherencia es el resultado de la tensión existente entre los intereses de control y acceso, en la medida en que las soluciones que favorecen uno u otro interés son expresadas en términos ininteligibles para cada una de las contrapartes. Como también vimos en la sección anterior, las explicaciones que dan cuenta de las características del derecho de autor desde un punto de vista externo no pueden contar como teorías del derecho de autor. En este sentido, la única salida posible a este problema es que los argumentos utilizados para adjudicar el caso sean expresados en términos que den cuenta *simultáneamente* de ambos intereses. En este sentido, Jessica Litman ha argumentado convincentemente a favor de una manera de entender este conjunto de casos, aparentemente disímiles, de manera tal que se revela una racionalidad común a ellos. Su solución apunta precisamente a disolver la tensión entre acceso y control (a pesar de que no lo planteo en estos términos), dando cuenta de ambos intereses de manera simultánea:

Los tribunales invocaban el dominio público cuando la amplitud de los derechos de propiedad afirmados por los demandantes amenazaba, en la práctica, con evitar que muchos otros autores pudieran desarrollar su arte u oficio. De este modo, los tribunales parecen haber reconocido, al menos implícitamente, que los derechos de autor deben promover la empresa de la autoría o la institución del autor [*the enterprise of authorship*] y que este objetivo puede ser a veces incompatible con promover o recompensar a autores individuales (Litman, 1990: 992).

En efecto, al distinguir entre los intereses inherentes a la *institución del autor o la empresa de la autoría* y los intereses de un autor particular, Litman ofrece (sin saberlo) una solución a la tensión entre control y acceso. Pues esta vez la tensión no se plantea entre el interés privado de controlar el acceso a una obra y un interés público de acceder a ella, sino que se plantea como una tensión entre el interés de un autor particular y

las condiciones necesarias para que la *práctica de ser autor* sea posible. Así, de acuerdo con Litman, el concepto de dominio público cumple la función de limitar las pretensiones de autores particulares cuando ellas amenazan la práctica de ser autor.

Lo que logra esta estrategia es plantear el interés de acceso por parte de terceros en términos que son inteligibles para los autores, pues ellos también poseen un interés en que la institución de la autoría sea posible. Es más, no pueden argumentar racionalmente a favor de decisiones cuyo efecto sería hacer imposible esta institución sin incurrir en una contradicción performativa.²² De este modo, las decisiones judiciales que privilegian intereses de acceso pueden ser enunciadas en términos que los autores pueden reconocer y, por lo mismo, dotar de legitimidad.

Lo mismo ocurre desde el punto de vista del público que requiere acceso a una obra, pues el derecho de acceso a las obras del intelecto supone un contexto institucional en que la creación de dichas obras es posible. De este modo, vemos que la construcción que Jessica Litman hace de la racionalidad de la jurisprudencia estadounidense del dominio público cumple con las dos funciones que una teoría que pretenda explicar el derecho de autor debe cumplir: cumple con la función descriptiva en cuanto explica las características más notorias del dominio público (tal como ellas se expresan en los sistemas de casos que revisamos anteriormente) y entrega un criterio para la resolución de los casos difíciles en términos inteligibles para ambas partes, disolviendo la tensión entre acceso y control (al menos para el ámbito del dominio público). De este modo, vemos que es posible comenzar a responder a la objeción del escéptico. Por cierto, sería necesario corroborar si la estrategia de Litman es viable para dar cuenta del derecho de autor en su totalidad, pues sólo de este modo podríamos hablar con propiedad de una *teoría del derecho de autor* en vez de una *teoría del dominio público*. Para estos efectos, es necesario encontrar una manera de organizar el conjunto de conceptos e instituciones que componen el derecho de autor, dando cuenta de sus características, del mismo modo en que lo hemos hecho acá con el concepto de dominio público. Lamentablemente, la tarea excede los alcances de este trabajo, por lo que el desarrollo de esta teoría deberá ser realizado en otra ocasión.

22. Sobre el concepto de «contradicción performativa», véase Habermas (1990).

Para concluir, vale la pena destacar que el esfuerzo de dar cuenta de las características de las instituciones no posee tan sólo un valor teórico, si no que además posee un valor estratégico para quienes están involucrados políticamente en el derecho de autor y la producción del conocimiento. En efecto, la construcción de una teoría supone la creación de un marco conceptual común para un conjunto de problemas que hasta el momento eran tratados de manera independiente. James Boyle (2003: 73) sugiere, haciendo una analogía con el movimiento ambientalista, que el desafío consiste en acuñar un «concepto emergente» en torno al cual sea posible agrupar los distintos problemas asociados a la expansión del derecho de autor. La función que cumple dicho concepto es visibilizar la conexión entre ellos, de manera que no sean enfrentados de manera independiente, sino que los distintos grupos que poseen intereses se agrupen en torno a este «concepto emergente» para actuar colectivamente. A medida que estos asuntos vayan cobrando mayor importancia en nuestra sociedad (y todo parece indicar que así será), la necesidad de formular una teoría del derecho de autor será cada vez más ineludible.

REFERENCIAS

- ATRIA, Fernando (1999). «Del derecho y del razonamiento jurídico». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22: 79-120.
- BENKLER, Yochai (2006). *The wealth of networks: How social production transforms markets and freedoms*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- BOYLE, James (2003). «The second enclosure movement and the construction of the public domain». *Law and Contemporary Problems*, 66 (1): 33-74.
- CERDA SILVA, Alberto (2013). «Una excepción a los derechos de autor para la comunicación pública de obras por pequeñas y medianas empresas». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 40: 75-100.
- COHEN, Felix (1935). «Transcendental nonsense and the functional approach». *Columbia Law Review*, 35 (6): 82-115.
- COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE EMERGING INFORMATION INFRASTRUCTURE (2000). *The digital dilemma: Inte-*

- lectual property in the information age*. Washington: National Academy Press.
- COTTER, Thomas (1997-1998). «Pragmatism, economics and the droit moral». *North Carolina Law Review*, 76 (1): 2-96.
- DELACROIX, Sylvie (2006). *Legal norms and normativity: An essay in genealogy*. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing.
- DWORKIN, Ronald (1975). «Hard cases». *Harvard Law Review*, 88: 1057-1109.
- . (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- EISENSTEIN, Elizabeth (1980). *The Printing Press as an agent of change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FISK, Catherine (2003). «Authors at work: The origins of the work-for-hire doctrine». *Yale Journal of Law & the Humanities*, 15 (1): 1-70.
- FULLER, Lon (1958). «Positivism and fidelity of law: A reply to professor Hart». *Harvard Law Review*, 71: 630-672.
- GINSBURG, Jane (1988-1989). «French Copyright Law: A comparative overview». *Journal of the Copyright Society of the USA*, 36: 269-285.
- . (1990). «A tale of two copyrights: Literary property in Revolutionary France and America». *Tulane Law Review*, 64 (5): 991-1031.
- . (2002). «How copyright got a bad name for itself». *Columbia Journal of Law & Arts*, 26: 61-71.
- HABERMAS, Jürgen (1990). «Discourse ethics: Notes on a program of philosophical justification». En *Moral consciousness and communicative action* (pp. 43-115). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- HUGHES, Justin (2011). «A short history of intellectual property in relation to copyright». *Cardozo Law Review*, 33: 1293-1340.
- JASZI, Peter (1991). «Towards a theory of copyright: The metamorphoses of ‘authorship’». *Duke Law Journal*, 2: 455-502.
- KENNEDY, Walter B. (1936). «Functional nonsense and the transcendental approach». *Fordham Law Review*, 548: 272-300.
- LESSIG, Lawrence (2009). *El código 2.0*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- LITMAN, Jessica (1990). «The public domain». *Emory Law Journal*, 39 (4): 965-1023.
- MAY, Christopher y Susan SELL (2006). *Intellectual property rights: A critical history*. Boulder y Londres: Lynne Rienner Publishers.

- MIROSEVIC, Camilo (2007). «Origen y evolución del derecho de autor con especial referencial derecho chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 28: 35-82.
- MOSSOFF, Adam (2007). «Who cares what Thomas Jefferson thought about patents? Reevaluating the patent privilege in historical context». *Cornell Law Review*, 92: 953-1012.
- PATRY, William (1996). «The failure of the american copyright system: Protecting the idle rich». *Notre Dame Law Review*, 72: 907-933.
- ROSE, Mark (2003). «Nine-tenths of the law: The English copyright debates and the rhetoric of the public domain». *Law and Contemporary Problems*, 66 (1): 75-87.
- ROTHCHILD, John (2006). «The social costs of technological protection measures». *Florida State University Law Review*, 34: 1181-1220.
- SINGER, Joseph (1988). «Legal realism now: A review of 'Legal realism at Yale: 1927-1960' by Laura Kalman». *California Law Review*, 76: 467-1377.
- SIMMONS, A. John (1999). «Justification and legitimacy». *Ethics*, 109 (4): 739-771.
- WALDRON, Jeremy (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2000). «'Transcendental nonsense' and system in the law». *Columbia Law Review*, 100 (16): 16-53.
- WALKER ECHENIQUE, Elisa (2014). *Manual de propiedad intelectual*. Santiago: Legal Publishing.
- WEINRIB, Ernst (1995). *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University Press.
- WINNER, Langdon (1980). «Do artifacts have politics?» *Daedalus*, 121-136.
- WOODMANSEE, Martha (1984). «The genius and the copyright: Economic and legal conditions of the emergence of the author». *Eighteenth Century Studies*, 17 (4): 425-448.

SOBRE EL AUTOR

FELIPE FIGUEROA ZIMMERMANN es abogado. Licenciado en Ciencias del Derecho por la Universidad Adolfo Ibáñez y Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Universidad de Chile. Su dirección de correo

electrónico es <felipe.figuroaz@gmail.com> y su dirección postal es 35 Marlowe Road, Cambridge, Cambridgeshire, UK.

Artículo recibido el 27 de octubre de 2015 y aprobado el 14 de diciembre de 2015.

