

Una breve reflexión sobre el rol proteccionista y utilitarista de los derechos de autor en Internet

Iván Vargas-Chaves¹

Los bienes inmateriales al ser susceptibles de reproducción ilimitada, contienen un elevado potencial económico que contribuye al desarrollo técnico, cultural y social de nuestra sociedad, haciéndose -entre otras prerrogativas- acreedores de una protección jurídica específica, la cual hoy por hoy se amplía incluso para dar cabida a figuras tales como los bienes inmateriales no-intelectuales, creadas con la finalidad de hacer parte de la distinción entre obras creadas con y sin esfuerzo intelectual.² Esta protección específica suele ser objeto de numerosos debates, pues ante los desafíos que plantea Internet, pareciese que por momentos su finalidad llegase más allá de la mera protección, prestándose por ejemplo como un instrumento para limitar libertades y garantías fundamentales, en los procedimientos de notificación y retirada³ por presunta infracción al derecho de autor en Internet.

Y es que la reproducción ilimitada de las creaciones trajo consigo un cambio en el paradigma económico del siglo XVIII⁴ -e incluso antes si tomamos como

¹ Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho Privado de las Universidades de Salamanca, Pública de Navarra y de Venecia Ca' Foscari. Máster en Derecho de la Universidad de Génova. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Actualmente es investigador invitado de la Universidad de Santiago de Compostela y of-counsel de la firma Marrugo, Rivera & Asoc.

² La razón misma de esta distinción, se da por razones de política legislativa de incentivación del mercado de la cultura, tecnología e información, pues al ser prestaciones próximas a la labor de creación, han coadyuvado a su subsistencia. Esto viene motivado por una teoría de casta anglosajona denominada "reconocimiento del sudor de la frente", la cual, estando doctrinalmente vinculada al derecho de autor, reconoce la protección de obras realizadas sin nivel de creatividad, dejando a un lado el presupuesto de creatividad sustancial. En el ámbito comunitario europeo, esta doctrina se encuentra en la Directiva 96/9/CE, la cual obliga a los países miembros de la Unión Europea a otorgar protección a bases de datos, producto no de la creatividad sino de un esfuerzo económico. Véase, además, Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) / No. 89-1909.

³ Véase, VARGAS-CHAVES Iván. *¿Internet territorio de guerra?: algunas consideraciones sobre el rol de los ISP y su responsabilidad en las infracciones a la propiedad intelectual*, en: BUENO DE MATA, Federico. Estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías. Santiago de Compostela: Andavira, 2013; REICHMAN Jerome, DINWOODIE Graeme y SAMUELSON Pamela. *A reverse notice and takedown regime to enable public interest uses of technically protected copyrighted Works*, en: STROWEL, Alain. Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in copyright law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009

⁴ Siglo en el cual, los intereses de los autores -y principalmente de los editores- empezaron a tenerse en cuenta y a jugar un rol en la economía de la cultura, siendo pues, el año de 1710 en el cual es expedido en Inglaterra el Estatuto de la Reina Ana, primer antecedente normativo del copyright. En

antecedente la invención de la imprenta por Gutenberg-, dándole aquella sociedad prevalencia a la riqueza intelectual a través de una protección normativa que generase escasez, y otorgándoles a los autores y titulares un derecho exclusivo que atendía a un monopolio de uso y de prohibición, lo que se conoce doctrinalmente como *ius utendi e ius prohibendi*⁵.

Desde sus inicios, para otorgar la aludida protección era necesario demostrar la existencia de tal derecho sobre el bien inmaterial o *Corpus Mysticum*, plasmando la creación en un soporte o *Corpus Mechanicum*, una calificación que a priori no podría tener una lógica en Internet, y mucho menos en la naciente *cloud computing*. Y es justamente como consecuencia de esta tendencia que aún hoy se busca un reencuadramiento de los modelos de protección a través de tendencias normativas⁶ que en nuestra consideración, no son lo suficiente eficaces en la regulación de aquellas problemáticas esbozadas por la libre circulación de contenidos.

Y es en este sentido que NIMMER, propone al derecho de autor no como una parte muy importante, sino quizás la más importante de un nuevo derecho que se espera sea capaz de regular las redes digitales y el acceso global a la información⁷. No obstante lo anterior, en autores como GARROTE⁸ encontramos una férrea oposición de este tipo de concepciones aún alentadores; quien por el contrario, sugiere relegar el

este sentido GOLDSTEIN advierte la existencia de la piratería en esa época, que para ese entonces llevaba a algunas imprentas a producir solo aquellos textos que le generaran rentabilidad- GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información (Traducción de María Luisa Llobregat Hurtado)*. Alicante: Universidad de Alicante. 1999, p. 20

⁵ Hoy en día estos dos conceptos se encuentran muy bien desarrollados por la doctrina, prueba de ello son las discusiones generadas ya incluso a nivel comunitario. Cfr. SESSANO Camilo y MARTÍN-SANTOS Sofía "*Ius Excludendi vs. Ius Utendi*", publicado en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (Número 13) Enero / Febrero de 2010.

⁶ Cfr. RABINA Debbie., JOHNSTON Scott. *Recent Trends in EU Information Policy: Toward Greater Transparency in the Information Society*, En: *Copyright Enforcement and the Internet*. Information Law Series (Vol. 21). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 185 y ss.

⁷ Sostiene NIMMER que el derecho de autor quedará subsumido por este nuevo derecho digital, el cual está estructurándose en la medida que las redes digitales vayan llegando. Véase. NIMMER, Raymond., y KRAUTHAUS, Patricia., *Copyright on the Information Superhighway: Réquiem for a Middleweight*, en: Stanford Law & Policy Review, No, 6, 1994, p. 26.

⁸ Como propuesta de este autor, sugiere tomar como punto de referencia la forma en cómo se almacena la información, y con ello hacer una diferenciación entre sistemas públicos y privados, permitiendo así controlar el acceso a la información, previniendo de esta forma su difusión y uso, logrando así un ambiente propicio para fijar un nuevo equilibrio entre titulares de derechos de autor y usuarios. Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio *El derecho de autor en internet*. Madrid; Editorial Comares, 2003, p. 93 y ss., quien además es consciente de la diferenciación práctica -y, en nuestra opinión tensión existente- entre tipo de acceso, uso, y daño, esto último en atención al propietario de la información.

tradicional derecho de autor a un segundo plano, ya que “está lastrado para enfocar los nuevos problemas que esboza Internet, porque fue creado usando los conceptos de reproducción y ejecución pública, que no tienen fácil acomodo en un ambiente interactivo como el de las redes informáticas digitales.”⁹, realidad comprensible en parte a una falta de amoldamiento a los nuevos retos planteados por la red de redes.

Cabe también analizar el fin económico en sí de los derechos de autor, una doctrina que tiene su sustento en los pesos y contrapesos adyacentes a los incentivos y al acceso. A este fin, POSNER¹⁰ expresa su preocupación desde el análisis económico de los derechos de autor, puesto que no niega que a la obra le preexistan elevados costos de creación, traducidos en altos costos fijos. Proporción que en cambio no está presente en los costos variables, o sea en aquellos incurridos dentro del proceso final de distribución a los consumidores y que a menudo son muy bajos, o por lo menos, reitera POSNER, en relación a los costos variables de creación, *v.gr* en el caso del software distribuido a través de Internet, en donde el costo variable, y a su vez el costo marginal, están cerca de cero.

Otro punto de vista remarcable es la potencialidad económica pura de la creación intelectual, sustentada también a mediados del siglo XIII por cuenta del utilitarismo, que justifica el gran potencial económico que tienen los bienes inmateriales para el desarrollo del mercado, siendo BENTHAM quien propugna por un reconocimiento de derechos exclusivos de propiedad intelectual por un tiempo limitado, con el propósito de restituir a la sociedad los beneficios que por tutela jurídica les permitían un derecho al monopolio. Esta filosofía es desarrollada más adelante por STUART MILL, quedando plasmada en la Constitución Norteamericana (Cfr. Artículo 1, sección 8), la cual pasa a imponerle al Congreso la obligación de garantizar los derechos exclusivos de autores e inventores durante un tiempo limitado, para de esta forma, promover el desarrollo general.

Desde entonces, esta disposición de corte utilitarista es fundamento del cambio de paradigma que la jurisprudencia norteamericana tuvo a partir de 1932 con el caso *Fox Films vs. Doyal*¹¹, en el que la monopolización de los derechos de explotación pasa a un primer plano, frente al acceso a los beneficios generales obtenidos por el público, producto del esfuerzo recaído en el proceso de creación y/o producción. El moderno

⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio *El derecho de autor en internet*, Ob cit. p. 94

¹⁰ POSNER Richard. *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*. En: Journal of Economic Perspectives (Vol. 19, No. 2), 2005, p. 58.

¹¹ *Fox Film Corporation vs. Doyal et al.* 286 U.S. 123 (1932) No.118

derecho de autor pasa a ser entonces el resultado de una negociación entre los autores y la sociedad, a través de la cual les concede un monopolio limitado para explotar económicamente sus obras. Sin embargo, es claro que Internet ha puesto sus propias reglas de juego, e indudablemente ésta ya no es una negociación tradicional entre las partes aquí reseñadas.

Referencias

- *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) / No. 89
- *Fox Film Corporation vs. Doyal et al.* 286 U.S. 123 (1932) No.118

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio *El derecho de autor en internet*. Madrid; Editorial Comares, 2003

GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información (Traducción de María Luisa Llobregat Hurtado)*. Alicante: Universidad de Alicante. 1999

POSNER Richard. *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*. En: *Journal of Economic Perspectives* (Vol. 19, No. 2), 2005

NIMMER, Raymond., KRAUTHAUS, Patricia., *Copyright on the Information Superhighway: Réquiem for a Middleweight*, en: *Stanford Law & Policy Review*, No, 6, 1994

RABINA Debbie, JOHNSTON Scott. *Recent Trends in EU Information Policy: Toward Greater Transparency in the Information Society*, En: *Copyright Enforcement and the Internet*. Information Law Series (Vol. 21). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010

REICHMAN Jerome., DINWOODIE Graeme., SAMUELSON Pamela. *A reverse notice and takedown regime to enable public interest uses of technically protected copyrighted Works*, en: STROWEL, Alain. *Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in copyright law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009

SESSANO Camilo y MARTÍN-SANTOS Sofía *"Ius Excludendi vs. Ius Utendi"*, publicado en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (Número 13) Enero / Febrero de 2010

VARGAS-CHAVES Iván. *¿Internet territorio de guerra?: algunas consideraciones sobre el rol de los ISP y su responsabilidad en las infracciones a la propiedad intelectual*, en: BUENO DE MATA, Federico. *Estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías*. Santiago de Compostela: Andavira, 2013