

## 4.1

### CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO DE AUTOR E INTERÉS PÚBLICO

## Contra la metáfora de la piratería

Claudio Ruiz

Las metáforas suelen ser muy importantes para ayudarnos a entender asuntos que muchas veces se escapan del entendimiento humano. Al mismo tiempo, suelen ser herramientas útiles para poder transmitir conceptos, ideas y aprendizajes atravesando distintos campos del conocimiento. Las metáforas nos sirven para poder entender mejor conceptos novedosos (hemos denominado «carretera de información» y «aldea global» a la Internet, o «nube» a galpones llenos de computadores conectados entre sí) y también nos ayudan a transferir prejuicios. El reino animal, sin ir más lejos, ha sido un campo fértil para dicha transferencia en nuestra vida diaria. Sabemos bien de las características agresivas de quien se comporta como un tiburón, de la gula incontrolable que parecen tener los cerdos y de ciertas costumbres tan poco civilizadas de los gatos del campo.

Detenernos en el significado de las metáforas parece ser un buen

punto de partida para el análisis de ciertos conceptos complejos. Las palabras son poderosas, y el uso del lenguaje muchas veces no solo nos ayuda a entender algunas cosas mejor, sino que nos cuela trampas argumentativas que se transforman, de a poco y lentamente, en realidades de las que, en algún momento, tenemos que hacernos cargo.

Algo así pasa con el derecho de autor. Es común escuchar a los maximalistas<sup>1</sup> del derecho de autor escandalizarse en la prensa por las pérdidas provocadas por «el robo» de derechos de pro-

1

En lo sucesivo, denominaré maximalistas a aquellos grupos que abogan por ampliar el campo de acción de la propiedad intelectual –y del derecho de autor en particular–, por aumentar los plazos de protección, las penas y por utilizar el sistema penal para combatir sus infracciones.

–

2

Si bien excede por mucho la extensión y el objetivo de este texto, no hay muchos trabajos –aún menos en castellano– desde la filosofía del derecho que ayuden a entender mejor conceptos tan complicados y llenos de recovecos como el de «derecho». Usualmente, la filosofía del derecho suele usar las clásicas categorías de Hohfeld (1913) para orientar el camino aunque,

iedad intelectual. Es habitual ver la tendencia a referirse al derecho de autor como si se tratara de algo parecido a un derecho laboral de los artistas<sup>2</sup>. En 1982, tratando de ilustrarle al Congreso estadounidense lo pernicioso que era la masificación de cintas de video caseras VHS para la industria que representaba, Jack Valenti, entonces presidente del principal lobby de la industria cinematográfica, comparó al VHS con el estrangulador de Boston, un famoso estrangulador serial de mujeres. La referencia a piratas para referirse a quienes infringen los derechos concedidos por ley a los titulares de derechos de autor es parte de la misma familia de metáforas e historias. Aquellas que, de tanto repetirlas, creemos ciertas.

### Metáforas y fábulas moralizantes

—  
Para algunos, el que a estas alturas sigamos

como se ha dicho, las interconexiones en materia de derechos de autor siguen siendo débiles. En este sentido, el trabajo de Bell (2014) puede ser ilustrativo en esta dirección.

—

3  
Ver Patry, W. F. *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York: Oxford University Press, 2009.

—

4  
William St. Clair ha documentado que el concepto de piratería asociado a infracciones de derecho de autor es prácticamente coetáneo al Estatuto de la Reina Ana, considerada la primera norma jurídica que estableció derechos de autor. Ver Kretschmer et al., 2010, p. 386.

haciendo la referencia a lo «pirata» cuando queremos hablar de infracciones a las leyes de derecho de autor constituye una herida de guerra que muestra una derrota conceptual<sup>3</sup> 4. Esta es una derrota que data de antaño, especialmente considerando que la historia de los derechos de autor se escribe con la misma tinta que la historia de sus infracciones. Una historia que desde sus inicios poco tiene que ver con los intereses de autores y creadores, sino más bien con la necesidad de hacer frente a los dueños de imprentas y de regular adecuadamente el mercado de impresión

de libros. Lyman Ray Patterson, autor de uno de los libros más influyentes acerca de la historia del *copyright* en Estados Unidos, es un poco más elocuente al indicar que «los hechos son bastante menos románticos»:

El Estatuto de la Reina Ana no fue ni la primera norma de derechos de autor en Inglaterra, ni tuvo por objeto principal beneficiar a los autores. Fue un estatuto de regulación comercial, establecido para ordenar el caos creado por el comercio de libros de finales de 1694 creado por su predecesor, la Licensing Act de 1662, y para prevenir la continuación del monopolio de los vendedores de libros<sup>5</sup>.

En el mismo sentido, el influyente profesor de la Universidad de Harvard Lawrence Lessig nos va a recordar:

[...] por ejemplo, que durante los primeros cien años de la República, Estados Unidos no respetó los derechos de autor extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación pirata<sup>6</sup>.

En términos estrictamente regulatorios, parte de esta derrota conceptual se ancla en la fuerza gravitatoria que tiene actualmente el sistema internacional de derechos de autor, y su base fundamental en el antiguo Convenio de Berna de 1886. Los avances tecnológicos notables de los que ha sido testigo este tratado en las últimas décadas dan cuenta de su resiliencia y de las fuerzas que lo mantienen vigente. Otros instrumentos también se incluyen en el entramado de la regulación internacional de los derechos de autor. Desde su formación en 1967, la Organización Mundial de la

—

5  
Ver Paterson, L. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 143.

—

6  
Ver Lessig, L. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Press, 2004, p. 63.

Propiedad Intelectual (OMPI) administra buena parte de estos cuerpos normativos. Prácticamente todos esos tratados han tenido por objeto adecuar las normas de derecho de autor a distintos desafíos que se ha planteado a la técnica y a la distribución de contenidos<sup>7</sup>. Si bien los desafíos han ido cambiando con el tiempo, lo que no ha cambiado es su sesgo: estos tratados han creado nuevos derechos, han limitado las excepciones y limitaciones a favor del interés público, y han ampliado sustantivamente el campo de acción del derecho de autor. La única excepción a este patrón constituye el denominado Tratado de Marrakesh, que recién en 2013 estableció por primera vez derechos para que discapacitados visuales puedan acceder a obras intelectuales sin violentar derechos de autor vigentes. Particularmente decisorio es que el Convenio de Berna no ha sido sujeto de cambios sustantivos en, prácticamente, cien años<sup>8</sup>.

Pero sería parcial indicar que dichos convenios internacionales son los únicos lugares donde se *regula* internacionalmente el derecho de autor. Nada más lejos de la realidad. La progresiva importancia comercial de la explotación de derechos de autor fue creando nuevos lugares, nuevos foros donde tomar decisiones con el fin de fortalecer el ejercicio de los derechos

de los titulares ante los progresivos cambios en los sistemas de distribución de contenido. Es así como, ante la creciente presión de países en desarrollo por promover agendas propias en materia de propiedad intelectual en la OMPI con el fin de fortalecer el acceso al conocimiento y a la salud, Estados Unidos vio una oportunidad para promover los intereses de la industria de contenidos norteamericana en las rondas de negociación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), con particular éxito en la ronda de Uruguay de 1986<sup>9</sup>. Con posterioridad, Estados Unidos profundizará esta tendencia, al llevar conversaciones relativas a derechos de autor a la esfera internacional del comercio en las rondas de negociaciones que terminaron en los denominados ADPIC o Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (o TRIPS por sus siglas en inglés) en 1994. Estos cambios, obviamente, no son al azar. El sistema internacional de comercio, a diferencia del modelo multilateral de la OMPI, tiene mecanismos directos para hacer efectivas sus decisiones: cuando los países no sean capaces de implementar adecuadamente las normas acordadas en tratados relacionados con el comercio, estarán sujetos a altos estándares de ejecución y control. En paralelo, y quizás husmeando la decadencia en que caería la Organización Mundial de Comercio, la estrategia de libre comercio liderada por Estados Unidos basada en tratados bilaterales se convirtió en el nuevo foco de acción. Gracias a esta, no solo se hace más fácil implementar estándares aún mayores a los que se habían conseguido en ADPIC, sino que, además, la agenda regulatoria pasa a ser dirigida completamente por Estados Unidos, con aún mayor control respecto de la manera en que se implementan dichos acuerdos. La estrategia del *forum-shifting* en materia de derechos de autor –esto es,

7

Sin ánimo de exhaustividad, los tratados internacionales más relevantes son la Convención de Roma de 1961, el Convenio de Fonogramas de 1971, los Convenios Satélites de 1974, el Tratado OMPI sobre derechos de autor de 1996, el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 1996, entre otros. Ver <http://www.wipo.int/treaties/en/>

8

La última revisión importante del Convenio de Berna parece ser la revisión de Roma de 1928, donde se reconocen derechos morales de autoría e integridad. Es muy interesante revisar retrospectivamente la conformación del Convenio de Berna. Contrario a lo que se pudiera pensar, en sus inicios los países americanos no se hicieron parte de él. Tanto así, que intentaron desarrollar un marco normativo propio regional. Las razones por las que esto ocurrió no son del todo claras. Ver Cerda Silva, 2016.

9

Ver Helfer, L. "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking". *Yale Journal of International Law*, (29), 1-83, 2004.

del cambio constante del lugar donde internacionalmente los países acuerdan normas vinculantes en materia de propiedad intelectual, desde foros plurilaterales hasta ser parte hoy de la agenda de libre comercio—, es parte de las razones de esta derrota conceptual. La regulación internacional de los derechos de autor parece seguir un curso donde los énfasis en la protección son muchísimo más importantes que los énfasis en el acceso. De esto se deduce que dichas normas profundizan la brecha regulatoria en favor de los titulares de derechos, favoreciendo una narrativa jurídica en la que básicamente todo uso de una obra intelectual es, por definición, ilícita.

Pero el campo donde se libran estas batallas no es solo el regulatorio. El sistema de derechos de autor está plagado de metáforas que, en silencio, han ido ganando territorios que se encuentran usualmente disputados en otras áreas del derecho. Sin ir más lejos, en la propia definición de conceptos se utiliza la metáfora de «protección» cuando se hace referencia a obras intelectuales cuyos usos son regulados por la ley. La mera referencia a la «protección» que concede la ley sugiere inmediatamente la calidez asociada a la seguridad frente a las amenazas externas de las que debemos cubrirnos. Asimismo, cada vez que se habla de «piratería» la referencia nos lleva a historias de sujetos organizados que usurpaban bienes ajenos, muchas veces con violencia, en alta mar. La referencia lógica da cuen-

ta de una relación desigual, donde a partir del acto del pirata se produce un desplazamiento patrimonial y moral automático y sin discusión previa. El uso del término «piratería» sienta las bases y los límites de toda conversación posterior. Un límite estrecho y moralizante<sup>40</sup>. Así, y muchas veces sin querer, a través del lenguaje quedamos sujetos a una trampa trágica, donde el poder retórico de la lengua queda al servicio de los intereses de los titulares de derechos<sup>41</sup>.

### Desenredando la metáfora de la infracción

—  
El sistema legal de derechos de autor supone que por el solo hecho de la creación<sup>42</sup>, y sin que medie acto alguno, dichas obras se encuentran *protegidas* por la ley. Esto produce automáticamente la generación de derechos —los denominados derechos de autor— que se le entregan automáticamente y de manera exclusiva al autor<sup>43</sup>.

El significado de «protección» en materia de derechos de autor es, en realidad, un modelo de exclusión. Al ostentar derechos exclusivos, el titular tiene la potestad de excluir o descartar a terceros de los usos que puedan querer dar a la obra. Así, la única manera en que es posible hacer uso de una obra intelectual ajena es o bien a través de la autorización expresa del autor (en estricto rigor, del titular del derecho del cual se trate), o bien a través de la autorización que entrega la ley. Esas autorizaciones que entrega la ley se suelen

10

Op. Cit. Patry, W. F., p. 61.

—

11

Ver Loughlan, P. "Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property". *Sydney Law Review*, (28:2), 219, 2006. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=919560>

—

12

De la creación de alguna de aquellas cosas que la ley chilena identifica como «obras» y, por tanto, sujetas de protección.

—

13

Es importante detenerse un segundo en la distinción autor y titular de derechos. Si bien de manera originaria en la gran mayoría de los casos

el autor y el titular de derechos son la misma persona, la naturaleza patrimonial de los derechos de autor asume que dichos derechos se puedan enajenar. El resultado obvio de esto es que al estar en el comercio, los derechos patrimoniales de autor, en muchas ocasiones, tienen una vida comercial ajena al autor original. Las obras musicales pueden servir de ejemplo. En el caso de una canción, existirá uno o varios autores originales, quienes crearon la obra. Pero los derechos asociados a dicha canción pueden estar en varias manos, distintas del autor. Al mismo tiempo, por ejemplo, puede haber distintos titulares de los derechos de reproducción, adaptación, ejecución pública y distribución.

denominar –otro poderoso y extendido uso de metáforas– excepciones y limitaciones<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista del alcance de los derechos de autor, el principio de la protección automática debe analizarse de la mano con el aumento progresivo de aquellas cosas que la ley va a considerar como obras para efectos de su protección. Dado que, a diferencia del sistema de propiedad industrial, en el modelo de derechos de autor no se requiere acto formal alguno distinto de la creación para obtener la protección legal, cada vez más usos se encuentran sujetos a protección. Cada vez tenemos más obras intelectuales en el sentido de la ley. De hecho, en el caso de la ley chilena, ni siquiera es claro aquello que constituye una obra intelectual, dado que el criterio que parece utilizar la ley 17.336 es «obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos, y científicos» (artículo 1), añadiendo un listado no taxativo de obras protegidas en el artículo 3. De esto se debería concluir que, en la práctica, cuando se trata de expresiones «de la inteligencia humana», la regla general curiosamente va a terminar siendo que dichas expresiones de la inteligencia humana van a tener algún tipo de protección por derechos de autor.

Si añadimos los avances tecnológicos a la ecuación nos encontraremos con un escenario complicado, esta vez no solo para el público, sino finalmente también para los autores. Si prácticamente cualquier expresión humana tiene protección por derechos de autor, entonces cada vez que una persona

requiere utilizar la expresión de otro (no necesariamente una obra), probablemente existan pocos incentivos para hacerlo sin requerir un fino análisis legal. Hacer *collages*, *mixtapes*, *mash-ups* y *memes* requiere, en el papel, permiso de alguien. El que todos seamos autores, de pronto, se convierte también en un problema.

Producto del interés público comprometido en la regulación, los países garantizarán ciertos usos que no requieren de la autorización expresa del titular de derechos. El derecho de cita, los usos con fines educacionales, el uso de una obra con fines de parodia, o la reproducción con fines de preservación patrimonial en bibliotecas son solo algunos de los ejemplos de excepciones que tanto instrumentos internacionales como leyes locales suelen contemplar en beneficio de terceros distintos del autor. A diferencia de los derechos de autor, que como vimos gozan de cierta homogeneidad internacional en su protección, las excepciones y limitaciones

varían completamente de país en país.

En los países pertenecientes a la tradición legal del *common law*, se suelen establecer modelos más amplios derivados del *fair use* o, en ciertos casos, *fair dealing*, por medio de los cuales se autorizará un *uso razonable y limitado* de una obra sin permiso del autor. En el caso del *fair use*, en particular, no se requerirá un listado de usos que se autoricen por ley, sino que el alcance de lo que se considerará autorizado –o *fair*– estará dado por cuatro factores que tendrá que ponderar el juez en una causa judicial: el propósito y

#### 14

Si bien excede el alcance de este ensayo, vale la pena detenerse en este punto. Establecer que aquellas autorizaciones que entrega la ley son «excepciones», supone que existe una «regla general» de protección. También supone que, en caso de duda, va a existir protección y, por tanto, es necesario que existan excepciones a esa norma. Esta retórica dista de ser unánimemente aceptada en la doctrina legal. Para muchos la regla general indica precisamente lo contrario: la regla es que *no existe protección*. Si la ley garantiza protección solo a ciertas creaciones que cumplan determinados criterios que la misma ley establece, se sigue que en caso que no se cumplan dichos criterios las

creaciones no tendrán protección legal. La regla, por tanto, va a ser que el conjunto de todas dichas «cosas» (aquellas que no son objeto de protección por la ley, que no son obras) no tendrán protección. Solo de manera excepcional, y debido al interés público asociado, la ley entregará protección a alguna de esas cosas. Si para la sociedad existe un valor en que los autores tengan ciertos derechos, pues la ley le entregará dichos derechos. Si bien parece una distinción bizantina, es importante hacer notar el matiz para demostrar que indicar que los usos que la ley autoriza son «excepciones» y no «derechos» nos hace, nuevamente, inclinar la balanza del lenguaje. Ver Boyle, 2008.

carácter del uso, la naturaleza de la obra protegida, el tamaño de la porción utilizada de la obra y el efecto del uso en el mercado al que pertenece. De esta manera, a través de las prácticas judiciales será posible ampliar o restringir su alcance<sup>45</sup>. Por otro lado, en países de tradición continental (o del *civil law*, para distinguirlas de la anterior, a la que pertenece Chile y, casi en su totalidad, los países de América Latina), el establecimiento de excepciones estará dado por aquello que las leyes de derecho de autor establezcan como tales. Si bien ha habido esfuerzos por intentar introducir modelos más flexibles en el sistema de derecho civil a partir del *three step test* del Convenio de Berna<sup>46</sup>, en general se entiende que el modelo de excepciones de los países del sistema continental suele ser más estricto y menos adaptable a los cambios tecnológicos.

El resultado de la falta de homogeneización de las excepciones y limitaciones al derecho de autor es la escasa certeza que tiene el sistema para cualquier actor que no sea titular de derechos. Este último tendrá siempre la certeza de la protección; de hecho, la garantía de dicha protección no requerirá acto alguno de su parte, dado que será concedida automáticamente por la ley. Por el contrario, en el caso de terceros distintos del autor, el poder saber con cierto grado de seguridad si el uso requerido de una obra ajena se encuentra autorizado por la ley será un camino pedregoso, lleno de recovecos y salidas sorprendentes.

15

Para mayores detalles relativos al concepto de *fair use*, ver Leval, 1990 y Aufderheide, 2011.

—

16

El *three step test* o prueba de los tres pasos, establece tres condiciones copulativas que deben cumplir las excepciones al derecho de reproducción de acuerdo al Convenio de Berna. El artículo 9 (2) del Convenio establece que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales (paso 1), con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra (paso 2) ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (paso 3).

Si, entonces, prácticamente cada expresión humana cabe dentro de la amplísima definición de aquello que la ley conceptualiza como obra; y si tenemos un modelo no homogeneizado a nivel global de excepciones y limitaciones que autoricen usos de terceros, entonces lo que tendremos es, evidentemente, cada vez más usos y actos que irán fuera de aquello que establece la ley. En algunos pocos casos, se tratará de asuntos fuera del alcance de la ley; en muchas otras oportunidades, en cambio, se tratará de actos contrarios a ella y, por tanto, ilícitos. Piratas<sup>47</sup>.

### El próximo movimiento

—

Ya vimos que el derecho de autor parece ser un cuento lleno de metáforas. También vimos cómo esa metáfora tejen un entramado conceptual y lingüístico del que es difícil escapar para poder despejar el camino y tener un debate abierto y honesto. Y también revisamos rápidamente de qué manera el sistema legal actualmente vigente se comporta como un campo minado, donde encontrar respuestas parece ser más difícil de lo imaginado para los que no son avezados en las aguas del derecho autoral. Para el cierre, voy a proponer tres reflexiones o ideas para poder mirar hacia el futuro y ayudarnos a analizar con menos estridencias los problemas de

17

Un ejemplo ilustrativo de esto es lo que sucedía en Chile con las bibliotecas hasta la reforma a la ley de propiedad intelectual de 2010. Hasta entonces, no había uso expreso alguno en la ley que autorizara a las bibliotecas a hacer su labor, como ofrecer copias de fragmentos de obras de su catálogo a sus usuarios, o bien asegurarse de tener copias de respaldo para efectos de preservación patrimonial. Tampoco había autorización expresa alguna para que las bibliotecas destinadas a usuarios con discapacidades audiovisuales en Chile pudieran hacer adaptaciones o reproducciones de libros para ser utilizadas por personas con discapacidad. Hasta 2010, buena parte de la labor de las bibliotecas en Chile era ilegal desde el punto de vista del derecho de autor.

rivados de la infracción a los derechos de autor, con particular énfasis en los desafíos de la avalancha digital.

### **El texto de la ley entrega hoy más preguntas que respuestas**

Es extremadamente común encontrarse en el debate local respecto de derechos de autor con quienes intentan clausurar la conversación en cuanto a los alcances y desafíos de este derecho con una enunciación categórica de aquello que la ley indica. A la pregunta de qué es la piratería (que, como vimos, resiste distintos y diversos esfuerzos interpretativos; y que nos lleva lógicamente a las incómodas aguas de los por qué y de justificaciones que requieren un poco más de esfuerzo argumentativo), suele responderse con soltura aquello que indica el texto de la ley. Como si la pregunta estuviera exigiendo la aparición de algún intérprete oficial de un texto místico y no una reflexión pausada respecto de cómo regulamos la creatividad, si los incentivos establecidos están o no cumpliendo su labor y si es que la norma tiene algún sentido de acuerdo a las prácticas sociales.

Las leyes se construyen socialmente y responden a momentos históricos y necesidades contingentes; además, son redactadas de acuerdo a las pulsiones de los seres humanos que finalmente las redactan. Responden a vicisitudes contextuales y son también una fotografía del momento cultural y social que las hace aparecer. La regulación, en términos aún más amplios, para algunos parece ser el final del camino cuando es solamente el punto de partida de cualquier discusión legal.

En materia de derechos de autor, existen razones por las cuales un porcentaje insólitamente alto de las actividades que en promedio realizamos en Internet son consideradas ilícitas. Existen explicaciones económicas e históricas que nos permiten entender por qué nos tomó tanto tiempo tener un puñado de excepciones y limitaciones en la ley chilena. No es casual que las reformas a la ley de derecho de autor aprobadas desde 1970 hasta el año 2010 en Chile hayan estado pensa-

das básicamente en aumentar penas, infracciones y plazos de protección.

Cualquier discusión seria y honesta en materia de derechos de autor debe comenzar por dejar sobre la mesa esas razones que suelen ser tan incómodas para el debate legal local.

### **La piratería pertenece al ámbito comercial y no legal**

Como indicábamos con anterioridad, la regulación de los derechos de autor originalmente no tuvo que ver con la protección de los derechos de autores o artistas. Tuvo que ver más bien con acomodar los problemas que asolaban al mercado de la impresión y distribución de libros, provocados por la masificación de la imprenta de tipos móviles. Lo que es particularmente curioso es que este elemento, el que la regulación de los derechos de autor finalmente tiene que ver con regulaciones de mercado, es algo que se ha mantenido constante durante toda la historia hasta nuestros días.

Durante muchos años se ha intentado establecer una relación directa entre la infracción de derechos de autor y las pérdidas para la industria. Distintas áreas industriales, aunque fundamentalmente las del cine, musical y del *software*, han llevado las banderas de los efectos perjudiciales directos que las infracciones al derecho de autor tendrían para sus negocios. Esta ha sido una estrategia exitosa, que ha servido para trasladar estas demandas al lenguaje de la ley y tomar las medidas que correspondieran para evitar estas pérdidas. Pero las cifras no siempre son del todo confiables. En 2010, un reporte realizado por el Government Accountability Office del gobierno estadounidense precisamente intentó profundizar respecto de las cifras de pérdidas de empleos relativas a piratería, concluyendo que era «difícil, si no imposible, cuantificar sus impactos económicos»<sup>18</sup>. Un estudio más reciente de la

---

18

United States Government Accountability Office. *Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods*. Abril de 2010. Disponible en: <https://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>

Unión Europea concluía que, con la excepción de *blockbusters* recientes, no hay evidencia alguna que apoye la idea de que las infracciones a derechos de autor impactan en las ventas<sup>19</sup>.

En segundo lugar, otra idea instalada en los debates en materia de propiedad intelectual es que el problema que provoca la piratería es que finalmente se hace imposible competir con lo gratis. En principio, parece un asunto de sentido común: después de todo, ¿por qué el consumidor de un bien cultural querrá pagar por algo que puede conseguir sin pago asociado? La pregunta, en cualquier caso, esconde una trampa; no solo hay una serie de ejemplos empíricos que combaten la premisa<sup>20</sup>, sino que esconde la realidad económica de las infracciones de carácter comercial al derecho de autor. Ellas responden a una necesidad de mercado. Cuando existe disponibilidad de obras en mercados informales, es en buena medida producto de una falla en el modelo de oferta. Consecuente con lo anterior, resulta aventurado sacar conclusiones apresuradas respecto del impacto que puedan tener dichos mercados informales en las ventas en mercados formales. Los compradores de bienes informales, sobre todo cuando hay barreras de precio de por medio, no son los mismos que participan en mercados formales<sup>21</sup>.

### Hay que resolver el problema de la retribución de los autores

Por último, una conversación honesta respecto de la piratería

tiene que hacerse cargo también de los creadores. Hasta ahora, las coordenadas que han orientado este debate han sido binarias: de autores contra piratas, ellos versus nosotros, de buenos contra malos. Pero la realidad es muchísimo más rica y compleja que lo que intentan convencernos estas caracterizaciones infantilizantes. Buena parte de las retóricas sobre el derecho de autor han puesto el interés de los creadores sobre la mesa, como si todo se definiera, sin permitir matices, a partir del lugar en que nos ponemos en este debate de buenos contra malos. Al mismo tiempo, quienes defienden un modelo de derecho de autor más equilibrado, con mayor protección del dominio público y los derechos de acceso, suelen esquivar el problema de la retribución justa a los creadores por sus creaciones. Pero hay una idea que queda en el aire aun cuando despejamos todas

las variables que nos confunden: la necesidad de que los autores reciban retribuciones justas por su trabajo. Me parece que este es un tema fundamental, cuya discusión se ha dado erróneamente, y esto es precisamente parte del problema.

Una conversación honesta tiene que hablar de asuntos que parecen incómodos para el debate del derecho de autor, como la compensación justa que requieren los creadores, la que está relacionada en ciertos casos con la retribución por el trabajo y, en la gran mayoría de los creadores profesionales, con las condiciones contractuales

#### 19

Ver Van der Ende, M. et al. *Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU*. Final Report. European Commission. Bruselas, 2015. Disponible en: [https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2017/09/displacement\\_study.pdf](https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2017/09/displacement_study.pdf). Para más información, el estupendo reporte de Joe Karaganis, *Media Piracy in Emerging Economies*. New York: Social Science Research Council, 2011.

#### 20

En 2007, y luego de terminar su contrato con EMI, la banda británica Radiohead decidió distribuir su nuevo disco *In Rainbows* a través de un enlace de descarga en su sitio web y un sistema de pago voluntario, incluyendo la opción gratuita. Según fuentes, el disco «vendió» más de un millón de

copias en la primera semana y hoy, que ya no puede ser conseguido de esta manera, sigue siendo uno de los discos más destacados del conjunto inglés. El escritor de ciencia ficción Neil Gaiman ha explicado cómo su libro *American Gods* aumentó sus ventas en un 300% luego de haberlo puesto a disposición gratuitamente en el sitio web de la editorial. El colectivo Monty Python aumentó en un 23.000% las ventas de sus DVD cuando agregaron un botón de compra en las reproducciones de sus videos que se hacían en YouTube. Ejemplo recogido en Patry, 2012.

#### 21

Ver Karaganis, J. *Media Piracy in Emerging Economies*. New York: Social Science Research Council, 2011.



que regulan la creación de obras intelectuales. Para algunos, la respuesta a este asunto ha sido el fortalecimiento del sistema tradicional de derechos de autor, pero nada parece indicar que mayor protección –y, por tanto, menores condiciones para el acceso y el interés público– mejoren las condiciones de los creadores. Lo que este fortalecimiento ha provocado es más bien una brecha profunda donde los perjudicados no son solo artistas y creadores que parecen impedidos de poder hacer efectivos sus derechos cuando existen infracciones pese a que la ley se encuentra de su parte, sino también el interés público, el que no se ve favorecido de forma alguna con aumentos progresivos en los plazos de protección, mayores derechos para autores y aumento indiscriminado de penas ante las infracciones.

Para resolver esas preguntas no sirve el ejercicio de seguir fortaleciendo el modelo de regulación de derechos autorales como en el pasado, porque el problema no radica allí. Durante décadas ha sido la ley y su presunta –y, por lo demás, falsa– idea de que no protege suficientemente a los autores la manera en la que hemos querido resolver un problema de mercado, un problema que, como mencioné, en muchos casos es contractual. Se han aumentado plazos de protección, se han creado nuevos derechos, nuevas figuras delictivas asociadas a nuevas tecnologías y los creadores parecen seguir estando en el mismo estado de «desprotección» anterior a dichas modificaciones. Es hora de volver a revisar estas premisas y tratar de enfrentar los problemas de los autores como uno que no se resolverá con una regulación todavía más agresiva y desequilibrada. Un debate más sofisticado debiera llevarnos a lugares diferentes de la propiedad intelectual, por ejemplo, a la reformulación de normas de derecho laboral que se puedan aplicar con mayor rigor a las relaciones entre autores y empleadores, o a la revisión de los términos de los contratos mediante los cuales se encargan obras creativas. Pensar, por tanto, en cómo resolver los problemas que hoy tienen los creadores, antes que en el interés de

quienes el derecho de autor define como titulares, puede ser un punto de partida más honesto –aunque difícil y con resultado incierto– para poder avanzar en la resolución de la dicotomía que se presenta entre el poderoso interés de los titulares de derechos y el precario estado del interés público.

La revisión de las metáforas, y del uso del lenguaje en materia de derechos de autor, no solo ha permitido ayudar a comprender un territorio legal cada vez más enrevesado y complejo. También ha favorecido el establecimiento de ideas y prejuicios que han sido dañinos para un debate robusto en materia de regulación de derechos de autor y sus necesarios equilibrios con el interés público. El ejemplo del uso del concepto «piratería» para referirse a infracciones al derecho de autor nos fuerza a entender una realidad maniquea, donde hay buenos en un costado y malos en el otro; donde unos y otros, además, no tienen puntos en común, sino que es la ley la que tiene que resolver un conflicto de otra forma irresoluble, como si se tratara de una realidad ingenua, una realidad de fábula, donde no caben las preguntas ni tienen espacio los matices. Esta forzada reducción de la realidad no supone solo el rechazo del otro, sino también una manera de esquivar esos ciertos detalles incómodos que muchas veces –y a nuestro pesar– nos explican un poco mejor una realidad que queremos evitar.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Aufderheide, P. & Jaszi, P.** *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- **Bell, T.** *Intellectual privilege: Copyright, common law, and the common good*. Arlington: Mercatus Center, 2014.
- **Boyle, J.** *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- **Cerda Silva, A.** «Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina». *Ius et Praxis*, (22:1), 19-58, 2016.
- **Helper, L.** "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking". *Yale Journal of International Law*, (29), 1 83, 2004.
- **Hohfeld, W.** "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning". *The Yale Law Journal*, (23), 2013.
- **Kretschmer, M., Bently, L., & Deazley, R.** *Privilege and Property. Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, 2010.
- **Karaganis, J.** *Media Piracy in Emerging Economies*. New York: Social Science Research Council, 2011.
- **Lessig, L.** *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Press, 2004.
- **Leval, N.** "Toward a Fair Use Standard". *Harvard Law Review*, (103:5), 1105-1136, 1990.
- **Loughlan, P.** "Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property". *Sydney Law Review*, (28:2), 211-226, 2006.
- **Paterson, L.** *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.
- **Patry, W. F.** *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York: Oxford University Press, 2009.
- **Patry, W. F.** *How to Fix Copyright*. New York: Oxford University Press, 2012.
- **Sell, S.** *Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' Forum-Shifting in the Battle Over Intellectual Property Enforcement*. 1 de Septiembre de 2009.
- **Sell, S.** *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play*. PIJIP Research Paper no. 15. Washington: American University Washington College of Law, 2010.
- **United States Government Accountability Office.** *Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods*. Abril de 2010.
- **Van der Ende, M. et al.** *Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU*. Final Report. European Commission. Bruselas, 2015.