

## **Libertad de expresión versus libertad de expresión: la protección del derecho de autor como una tensión interna\***

### **Resumen**

Este documento explora los argumentos teóricos que sustentan el derecho de autor e intenta una aproximación distinta a las que habitualmente se exponen. Además de las razones vinculadas con el derecho de propiedad y las económicas, el *copyright* también es un desarrollo de la libertad de expresión. Y siendo así, las tensiones que genera se vuelven realmente un pulso interno entre dos tipos de expresión –la de los titulares y la de los ciudadanos del común. La primera parte de este documento aborda los argumentos vinculados al derecho de propiedad (argumentos ‘propietarios’) y los económicos (argumentos ‘económicos’), y señala la dificultad de que éstos entren en diálogo con las visiones nuevas del derecho de autor. La segunda parte desarrolla la idea del derecho de autor como libertad de expresión y propone un ejercicio de ponderación interna entre reivindicaciones expresivas. Por último, se hacen las siguientes recomendaciones:

- Los argumentos propietarios y económicos aíslan el *copyright*, como una especie de derecho autónomo y autosuficiente. Desde allí es difícil cuestionar el impacto que tiene esta regulación en la libertad de expresión.
- Delimitar el conflicto entre *copyright* y libertad de expresión como una tensión interna entre dos expectativas válidas de expresión, puede dar luces para hacer una mejor ponderación de los intereses involucrados.
- Si se acepta que ambos lados tienen una aspiración legítima en el debate público, resulta inaceptable cualquier solución que implique que uno de ellos ceda del todo a favor del otro.
- A pesar del reto que implica un ejercicio de ponderación, es posible examinar los proyectos de ley y las leyes sobre derecho de autor de esta perspectiva. Y es necesario hacerlo sin tener una visión predefinida de cuál es la protección más importante.

---

\* Este documento fue elaborado por Carlos Cortés, investigador de la ‘Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet’ (iLEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y por Eduardo Bertoni, director del CELE.

- El enfoque de libertad de expresión puede dar luces para revisar normas de notificación y retiro, extensiones de términos de protección del derecho de autor, y el uso extendido de Medidas Tecnológicas de Protección.

## 1. Introducción

La revolución digital rompió para siempre las barreras naturales del flujo de información. Hace un par de décadas, cuando no hablábamos el lenguaje de los bits, una novela o una canción estaban inexorablemente atadas al libro o disco que las contenían. Además, era costoso y dispendioso editar imágenes o videos, mucho más remezclar y crear contenidos a partir de los existentes.

La llegada de las plataformas en línea y las aplicaciones y dispositivos digitales no solo democratizó el acceso a esta información y descentralizó el proceso creativo. También democratizó un conflicto que durante siglos estuvo restringido al círculo cerrado de casas disqueras, industrias creativas, empresas y artistas: el uso sin autorización de obras protegidas por derechos de autor.

La propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente, tales como las invenciones, los trabajos literarios o artísticos, y los diseños, símbolos y nombres empleados en el comercio.<sup>1</sup> El derecho de autor, en particular, protege las creaciones literarias y los trabajos artísticos, y se encuentra consagrado, entre otros, en el artículo 27 de Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*.

Este derecho suele fundamentarse teóricamente como un tipo de propiedad y como una protección necesaria para que exista creación e innovación. No obstante, lo que vemos en la práctica es que la innovación descentralizada en Internet se mueve por canales distintos y por razones tanto sociales como económicas. Para Lessig, en el entorno digital la economía de la creación es híbrida, ya que se construye sobre ambos tipos de motivaciones.<sup>2</sup> Lo cierto es que en desarrollo de ese proceso, la expresión colectiva de blogueros, periodistas, artistas y ciudadanos del común se estrella con duras prohibiciones.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es propiedad intelectual? Disponible en: <http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html> (verificado el 2 de diciembre de 2013).

<sup>2</sup> Cfr. Lessig, L. *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Bloomsbury, 2008.

<sup>3</sup> Diversas organizaciones han propuesto acercamientos alternativos. Ver, entre otros, Fundación Vía Libre. *Argentina Copyleft. La crisis del derecho de autor y las prácticas para*

En estas condiciones, es usual que el *copyright* entre en tensión con la libertad de expresión de los usuarios de Internet. « ¡Bajar una canción es como robarse una cartera!», « ¡Sin *copyright* no habrá innovación!», es lo que les oímos decir a los titulares de contenido, sin que las razones del lado contrario merezcan mayor atención.

El propósito de este documento es explorar esos argumentos teóricos que sustentan el derecho de autor y proponer uno distinto: como varios autores sugieren, el *copyright* también es un desarrollo de la libertad de expresión. Y siendo así, las tensiones que genera se vuelven realmente un pulso interno entre dos tipos de expresión –la de los titulares y la de los ciudadanos del común.

La primera parte de este documento aborda los argumentos propietarios y económicos, y señala la dificultad de que éstos entren en diálogo con las visiones nuevas del derecho de autor. La segunda parte desarrolla la idea del derecho de autor como libertad de expresión y propone un ejercicio de ponderación interna entre reivindicaciones expresivas. En términos generales, se propone este enfoque como un camino para repensar los debates legislativos y judiciales en la materia.<sup>4</sup>

Este documento se alimenta mayoritariamente de la teoría norteamericana sobre el *copyright* y la libertad de expresión, que si bien tiene como referente la Primera Enmienda de Estados Unidos, sirve para plantear un debate útil en nuestra región. Más aún si tenemos en cuenta que ese país viene ‘exportando’, a través de negociaciones bilaterales, algunas de sus normas en este tema.

---

*democratizar la cultura*. Busaniche, B. Ed. Heinrich Böll Stiftung, 2010; Article 19. El Derecho a Compartir: Principios de la Libertad de Expresión y los derechos de propiedad intelectual en la Era Digital. Colección de Normativa Internacional, 2013.

<sup>4</sup> La idea de este documento surgió después de que el *Centre for Law and Democracy* presentara en el CELE en Buenos Aires, en junio pasado, el documento ‘Reconceptualizando los derechos de autor: estableciendo un esquema consistente con la libertad de expresión en la era digital’ (referido en detalle más adelante).

## Los argumentos propietarios y económicos en el derecho de autor

El derecho de autor –y la propiedad intelectual en general– suele justificarse teóricamente en términos de un desarrollo natural del derecho a la propiedad.<sup>5</sup> Varios autores<sup>6</sup> ubican este fundamento en John Locke, para quien cada hombre tiene “*una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos*”.<sup>7</sup> En consecuencia, cualquier creación –una canción o un texto y, últimamente, un programa de computación– es el resultado de un esfuerzo de un individuo y, por lo tanto, no es de nadie más sino de él.<sup>8</sup>

Antes que de origen natural, para Heitinger la conceptualización de la creación intelectual como propiedad, es utilitaria: materializa la idea liberal de la autonomía individual.<sup>9</sup> En una línea similar, Epstein considera que el desarrollo de derechos propietarios es el resultado de la maximización de la utilidad para nuestras instituciones políticas y sociales.<sup>10</sup> Drahos y Braithwaite, por su parte, afirman que más allá de la retórica de la creación y el trabajo, la propiedad intelectual era una necesidad en la agenda de comercio de Europa a partir del siglo XVIII.<sup>11</sup>

11

---

<sup>5</sup> En estricto sentido, *copyright* y ‘derecho de autor’ no son sinónimos: mientras el primero se centra en las condiciones de uso y comercialización de una obra, el segundo incluye también el reconocimiento de la autoría de la obra, más allá de que ésta esté en poder de terceros. Para los efectos de este documento, los términos se usan como sinónimos.

<sup>6</sup> Zimmerman, Diane. *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts in Marketplaces and the Bill of Rights*. William and Mary Law Review, Volume 33, Issue 3, Article 3, 1992.

<sup>7</sup> Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Colección Clásicos del Pensamiento, Tecnos, 2006, num. 27, p. 34.

<sup>8</sup> Ver, entre otros: Op. Cit. p. 707; Mayer-Schönberger, V. *In Search of the Story: Narratives of Intellectual Property*. Virginia Journal of Law and Technology. Vol. 10, No. 11, 2005; Hettinger, E. *Justifying Intellectual Property*. Philosophy & Public Affairs. Vol. 18, No. 1, 1989, p. 31-52.

<sup>9</sup> Cfr. *Ibidem*, Hettinger.

<sup>10</sup> Cfr. Epstein en Mossoff, A. *Is Copyright Property?* San Diego Law Review, Vol. 42-2005, 2010, p. 33.

<sup>11</sup> Cfr. Drahos, P.; Braithwaite, J. *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?* The New Press, New York, 2002.

<sup>11</sup> Cfr. Drahos, P.; Braithwaite, J. *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?* The New Press, New York, 2002.

La afirmación de que la creación es el fruto del trabajo individual ha sido cuestionada en su esencia misma: “¿Qué porción del valor de escritos, invenciones e información de negocios es atribuible al obrero intelectual?”, se pregunta Heitinger.<sup>12</sup> Desde esta perspectiva, la creación individual es fundamentalmente un producto social. Al inventor lo precedieron otras personas con ideas relacionadas y productos similares, y su proceso creativo estuvo mediado por toda serie de influencias externas. En resumen, a la hora de determinar la autoría el único factor relevante no puede ser el trabajo del autor final.

La respuesta del lado opuesto pasa, precisamente, por no subestimar esa labor final: “Es posible ubicar en una persona, o en un grupo pequeño de autores conjuntos, la chispa creativa o el duro esfuerzo que implicó tomar esas influencias dispersas y fusionarlas en un trabajo coherente, merecedor de nuestra atención”<sup>13</sup>, dice Epstein. Sin el creador solo habría ideas sueltas; sin el creador no habría producto.

De cualquier forma, el argumento propietario, ya sea desde una perspectiva naturalista o meramente liberal, se ha consolidado con el tiempo y es la narrativa dominante del derecho de autor, con amplia acogida –por distintas razones– entre legisladores y jueces.<sup>14</sup> Y al ser la piedra de toque, es también el terreno que disputan los contradictores del régimen actual. Para ellos, el *copyright* no es una forma de propiedad o, en el peor de los casos, es una propiedad disminuida.

“La ley que protege mi derecho de autor lo hace de una manera más limitada que la ley que protege mi carro (...) Yo no tengo derecho a usar tu carro; yo sí tengo derecho a hacer un uso justo de tu libro”, afirma Lessig.<sup>15</sup> Parece claro que las reglas de la propiedad real no aplican a la propiedad intelectual. El derecho que se tiene sobre un bien real es perpetuo mientras que el que se tiene sobre una creación es limitado. La ley no protege ideas sino expresiones y tiene que dejar un espacio para los usos justos (*fair use*) de materiales protegidos. La propiedad intelectual –concluye Lessig– pone en la balanza la protección de la propiedad y otros intereses.

En este enfoque, las creaciones intelectuales protegidas se contraponen a las creaciones comunes, que al no tener protección –bien sea porque expiró o no se exigió– hacen parte de la bolsa colectiva de la sociedad. Al exigir que se reduzca el alcance del

---

<sup>12</sup> Op. Cit. Heitinger, p. 37 (traducción informal).

<sup>13</sup> Epstein, R. Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law. John M. Olin Law & Economics Working Paper No 204, 2004, p. 29 (traducción informal).

<sup>14</sup> Cfr. Op. Cit. Mayer-Schönberger y Zimmerman.

<sup>15</sup> Lessig, L. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. Random House, Vintage, 2002, Loc.3930, 3932-3933 (edición Kindle).

*copyright*, lo que Lessig y otros intelectuales buscan, entre otras, es que esa bolsa común, ese *commons*, sea más robusta para descentralizar y fortalecer la creación y la innovación.<sup>16</sup>

Sin embargo, el riesgo de hablar de bienes comunes es que implica aceptar la premisa de la propiedad. Desde el mismo bando de Lessig, Vaidhyathan planteó el problema: “Cometemos un grave error cuando escogemos engancharnos en discusiones sobre *copyright* en términos de ‘propiedad’ como se entiende comúnmente. El *copyright* es un monopolio otorgado por el Estado por razones particulares de política pública”.<sup>17</sup>

Quienes defienden el argumento propietario consideran errado tanto el intento de Lessig de hablar de una ‘propiedad disminuida’ como el de Vaidhyathan de otorgarle un estatus meramente legal. Frente a esto último, Mossoff afirma que al final de cuentas toda propiedad deviene de la regulación; la propiedad es un monopolio particular para cada persona.<sup>18</sup> Y en relación con la tensión que plantea Lessig, Epstein dice que el hecho de que el derecho de autor riña con otras libertades no desdice de su condición de propiedad. Para él, la propiedad en general entra en conflicto con otras libertades, y no por ello pierde su esencia.<sup>19</sup>

Al hablar de un monopolio otorgado por el Estado, Vaidhyathan está apuntando hacia el otro fundamento que tiene el derecho de autor –que él parece encontrar más apropiado para rebatir–, y es el económico. Éste no es excluyente con el argumento propietario, pero sí tiene una naturaleza distinta: las creaciones intelectuales se protegen mediante un monopolio temporal a favor del autor para que éste recupere la inversión y privatice los frutos de la explotación de la obra. Como garantía previa a la creación es, además, un incentivo para que haya producción intelectual.

Este planteamiento se basa en la característica abierta y no-rival de las creaciones intelectuales. Una canción o un libro, por ejemplo, son bienes públicos en un sentido económico: mi consumo no agota el bien y es posible que otras personas lo consuman sin que necesariamente lo hayan adquirido. Así, el *copyright* –al establecer barreras de acceso

---

<sup>16</sup> Ver, además de Lessig, Tushnet, R. Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It. *The Yale Law Journal*, 114(3), 2004; Karaganis, J. Rethinking Piracy. In: Social Science Research Council. *Media Piracy in Emerging Economies*, 2011; Benkler, Y. *The Wealth of Networks*. Yale University Press, New Haven and London, 2007; Op. Cit. Drahos, P., Braithwaite, J.

<sup>17</sup> Vaidhyathan, S. en Mossoff, A. Is Copyright Property? *San Diego Law Review*, Vol. 42-2005, 2010, nota 20.

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, Mossoff, A.

<sup>19</sup> Cfr. Op. Cit. Epstein, p. 29 (traducción informal).

y uso– sirve el propósito de ayudar al autor a apropiarse del valor de la creación, que de otra manera estaría disponible para que otros la tomaran.<sup>20</sup>

Decíamos que el argumento económico no está lejos del propietario. Son varias las razones, pero ilustrémoslo acá en los términos de Posner y Landes: *“La teoría económica de derechos propietarios enfatiza no solamente sus efectos en términos de incentivos, es decir, la inversión que alienta, sino también su efecto optimizador en usos actuales de la propiedad”*.<sup>21</sup> Sin estar defendiendo una visión tradicional del argumento propietario, Posner y Landes sí ofrecen una respuesta relevante a la idea de que entre más creaciones intelectuales pasen al dominio común, mejor. Para ellos, sin un derecho de dominio sobre la obra se corre el riesgo de que ésta pierda su valor por exceso de uso.

Los autores usan el ejemplo de Mickey Mouse. A lo largo de todos estos años el titular – Disney– ha cuidado la obra de una sobre-exposición y mal uso. Si pasara al dominio común (lo cual ha evitado con esmero el lobby de esa empresa), rápidamente estaría asociada a todo tipo de causas y productos. En poco tiempo el personaje estaría quemado y el público, aburrido.<sup>22</sup> Habría perdido todo su valor y utilidad para la sociedad.

A partir de esto, Posner y Landes proponen que el *copyright* sea renovable de manera indefinida, pero no automática ni predeterminada para todas las creaciones. Esto, en teoría, protegería las obras económicamente eficientes y dejaría en el dominio público la mayoría restante, sobre las cuales sus propietarios no tienen expectativa económica. (Valga la pena añadir que la idea de un derecho de autor renovable ha sido planteada también por Lessig.)<sup>23</sup>

Muy en la línea de la teoría económica a la que pertenece, el análisis de Posner y Landes deja de lado los puntos que desbordan ese marco conceptual. Elementos como el impacto social del acceso a obras, la descentralización de la innovación y los incentivos no financieros que impulsan la creatividad, quedan fuera de la ecuación. Elementos que, además, tienen una mayor vigencia en el entorno digital.

\* \* \*

---

<sup>20</sup> Cfr. Rothchild, J. The Social Costs Of Technological Protection Measures. Florida State University Law Review, Vol. 34, 2007, p. 1181 – 1220.

<sup>21</sup> Posner, R., Landes, W. Indefinitely Renewable Copyright. John M. Olin Law & Economics Working Paper No 154, 2002, p. 12 (traducción informal).

<sup>22</sup> Cfr. Ibidem, p. 11 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Op. Cit. Lessig.



Para quienes abogan por un sistema de derecho de autor más equilibrado, los argumentos propietarios y económicos constituyen una muralla infranqueable. Por un lado, la justificación propietaria ubica las creaciones intelectuales en el mismo nivel de una finca o un lote –las metáforas en esta narrativa son muy importantes–, donde los usos permitidos son como senderos para el paso público o servidumbres para el agua: la excepción antes que la regla. Por el otro, la justificación económica reduce el proceso creativo y la autoría a una ecuación racional de transacciones.

Los derechos de terceros sobre las creaciones intelectuales privadas no parecen entonces tener contrapeso alguno. Al contrario, si el objetivo es maximizar la producción para el consumo público y sacar el mejor provecho de este tipo de propiedad, la frontera puede moverse hacia adelante sin mayores reparos. Bajo este razonamiento, cualquier expansión del derecho de autor es defendible.<sup>24</sup> Según Zimmerman, sin mejores principios para limitar esta esfera, *“el resultado probable es que más y más porciones de la actividad comunicativa caerán en el lado propietario”*.<sup>25</sup>

Algunos podrían decir –siguiendo a Vaidhyathan– que en el campo exclusivamente económico es posible encontrar un equilibrio. Es decir, que es posible delimitar el nivel deseable de protección del *copyright* si se determina empíricamente el valor que debe obtener el autor por la creación (que incluya la inversión y la retribución). Por fuera de ese umbral, la protección se tornaría ineficiente. No obstante, *“es difícil, sino imposible, determinar con algún nivel de precisión la extensión de copyright que conduciría a un nivel óptimo de respaldo a la autonomía creativa y que simultáneamente permita un acceso suficiente para el usuario”*.<sup>26</sup>

En medio de este pulso inclinado, el término de protección del derecho de autor se ha venido extendiendo paulatina y sostenidamente en leyes nacionales y tratados internacionales,<sup>27</sup> mientras que los derechos conexos se han expandido. Particularmente,

---

<sup>24</sup> Cfr. Op. Cit. Zimmerman, p. 704.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 673.

<sup>26</sup> Netanel, N.W., en Op. Cit. Rotchild, cita 114 (traducción informal).

<sup>27</sup> El caso de Estados Unidos es paradigmático, y se refleja en legislaciones en todo el mundo: en 1790, el término del *copyright* era de 14 años con posibilidad de renovación por el mismo periodo; el término inicial fue extendido a 28 años en 1831; la renovación fue ampliada igualmente a 28 años en 1909, y a 47 años en 1962; en 1976, el *Copyright Act* cambió la fórmula a la vida del autor más 50 años, que en 1998 se extendió a 70.

Sobre los derechos conexos y las Medidas Tecnológicas de Protección, ver Op. Cit. Rothchild y Cohen, J. Pervasively Distributed Copyright Enforcement. Georgetown Public

esta colección de derechos emanados del *copyright* está ‘canibalizando’ sobre el camino los valores de libertad de expresión ubicados en el otro lado de la balanza.<sup>28</sup> Leyes como el *Digital Millennium Copyright Act* establecen mecanismos de censura previa a favor de cualquier sospecha de infracción al derecho de autor.<sup>29</sup> Igualmente, las Medidas Tecnológicas de Protección son la punta de lanza para que los titulares amplíen el control sobre sus contenidos, lo cual impide usarlos incluso con propósitos legales –tales como la denuncia periodística o la parodia.<sup>30</sup>

En Estados Unidos –que sirve como guía para la discusión de este documento– *copyright* versus libertad de expresión ha sido siempre una proposición perdedora para esta última. O, como dice Rubinfeld, la regulación de *copyright* en ese país ha sido una enorme zona de *duty-free* para la aplicación de la Primera Enmienda.<sup>31</sup> Subido en los hombros de los argumentos propietarios y económicos, el *copyright* se erige como un derecho independiente (garantizada en la Cláusula Octava de la Constitución) cuyos contornos pueden ser expandidos por el Congreso atendiendo los propios fines de este derecho. Una especie de argumento circular en el que la libertad de expresión no tiene cabida.<sup>32</sup>

---

Law and Legal Theory Research Paper No. 892623. The Georgetown Law Journal, Vol. 95:1, 2006.

<sup>28</sup> Cfr. Op. Cit. Zimmerman, p. 666.

<sup>29</sup> Diversos autores consideran que el diseño de incentivos y presunciones de esta ley favorece el control previo de contenidos. Esto se ha traducido, en la práctica, en que contenidos legítimos de interés público resulten retirados de la red. Ver, entre otros: Nunziato, C. ‘Preservar la libertad en Internet en las Américas’

. Bertoni, E. Compilador. Facultad de Derecho, Universidad de Palermo, 2012, p. 11-45; Seltzer, W. Free Speech Un-moored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. Harvard Journal of Law and Technology. Volume 24, Number 1, Fall 2010. Pg. 171 y ss; von Lohman, F. Unintended Consequences: Twelve Years Under The DMCA. Electronic Frontier Foundation, 2010.

<sup>30</sup> Cfr. Cortés, C. Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección. Fundación Karisma, Documentos 2, julio de 2013. Disponible en <http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf> (verificado el 5 de diciembre de 2013).

<sup>31</sup> Cfr. Rubinfeld, J. en Horowitz, Steven. A Free Speech Theory of Copyright. Stanford Technology Law Review, 2009, nota 21.

<sup>32</sup> Cfr. Corte Suprema de Estados Unidos. Eldred vs. Ashcroft. 537 US 186. 2003. Ver el análisis de la decisión en Ibidem. Horowitz.

---

## 2. El ejercicio interno de ponderación. Distribución de oportunidades de expresión

Para hacer este ejercicio de ‘rebalanceo’ es necesario abordar la libertad de expresión desde su acepción colectiva, de la cual Fiss es quizá el mejor exponente. Si bien su planteamiento está hecho alrededor de la Primera Enmienda norteamericana, bien puede extrapolarse a una teoría general sobre los valores que alimentan este derecho. Partiendo de allí será más fácil ilustrar la tensión entre el *copyright* y la libertad de expresión como un pulso interno; como un dilema entre dos derechos de igual entidad.

Según la teoría democrática de la libertad de expresión que defiende Fiss, este derecho tiene preeminencia en las cartas políticas no porque garantice una forma de auto-expresión o auto-realización, sino porque es fundamental para la auto-determinación colectiva. Esta teoría se construye en oposición a la tradicional liberal (o libertaria) que subraya el derecho inalienable de cualquier persona a expresarse libremente sin importar el contenido o los fines. Es, simplemente, una manifestación de la autonomía individual. Para Fiss esta aproximación no es suficiente para explicar por qué suelen primar los derechos de quienes se expresan sobre los de aquellos que están aludidos en esas expresiones o que tienen que escucharlas.<sup>33</sup>

Esto último puede ilustrarse con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El numeral segundo del artículo 13 dispone que el derecho a la libertad de expresión “*no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*”, que deben estar fijadas por ley y ser necesarias para garantizar los derechos o reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas. Así, una información que por ejemplo vulnere la intimidad o el buen nombre de una persona verá la luz pública antes que sobre ella pueda ejercerse algún control.

Que la libertad de expresión sea un derecho colectivo –de realización individual– le impone al Estado obligaciones más allá del clásico deber de no interferir en la divulgación de ideas e informaciones. ‘No-interferir’ y ‘no-hacer’ se quedarían cortos en el propósito estatal de asegurar un debate público robusto, desinhibido y abierto. Fiss lo pone en los siguientes términos:

---

<sup>33</sup> Cfr. Fiss, O. *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press, 1996, Loc. 27 y ss (versión Kindle).

(...) El Estado puede tener que actuar para fomentar el debate público en circunstancias en que poderes por fuera del Estado estén sofocando la expresión. Puede tener que asignar recursos públicos –distribuir megáfonos– a aquellos cuyas voces no serían oídas de otro modo en la plaza pública. Puede tener incluso que silenciar las voces de unos para que se oigan las voces de los otros.<sup>34</sup>

El Estado puede ‘distribuir megáfonos’ de distintas formas. Goodman lo llama ‘redistribución de expresión’ a través de políticas públicas, y ofrece los siguientes ejemplos: la regulación que limita la propiedad de sistemas de televisión por cable, que limita la propiedad de estaciones de radiodifusión, que dispone que los sistemas satelitales den acceso a programación no comercial o que obliga a los sistemas de cable a transmitir la programación local.<sup>35</sup> Fiss añade a ese grupo –como vimos– la potestad del Estado de usar su chequera para financiar ciertos contenidos.

Estos académicos, entre otros, buscan que esta visión de la libertad de expresión gane terreno en la interpretación de la Primera Enmienda de Estados Unidos. Sin embargo, varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia vienen subrayando el contenido individual y autónomo de la libertad de expresión, lo cual condiciona las posibilidades del Estado para intervenir el mercado de ideas. Sin duda, el antecedente reciente más importante es el de *Citizens United v. FEC*, donde la Corte consideró que establecer límites económicos a los gastos de campañas políticas vulnera la libertad de expresión.<sup>36</sup>

Decíamos que el esfuerzo por incorporar esa interpretación democrática o igualitaria de la libertad de expresión es relevante para redefinir los debates sobre derecho de autor. La razón es ésta: justificar la protección de las creaciones intelectuales como una acción positiva del Estado para fomentar y proteger cierto tipo de expresiones, pone el mismo derecho en ambos lados de la balanza. Ya no se trata de la tensión entre un derecho aparentemente impermeable a la ponderación y la libertad de expresión, sino de una tensión interna entre libertad de expresión y libertad de expresión.

---

<sup>34</sup> Ibidem, Loc. 33 (traducción informal).

<sup>35</sup> Cfr. Goodman, E. Media Policy and Free Speech: The First Amendment at with Itself. En: *Free Speech and Copyright Law*. Ed. Audhinarayana Vavili, Amicus Books, The Icfai University Press, 2009, p. 60.

<sup>36</sup> Ver, Sullivan, K. Two Concepts of Freedom of Speech. *Harvard Law Review*, 124, 2010. Disponible en: [http://www.harvardlawreview.org/issues/124/november10/Comment\\_7328.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/124/november10/Comment_7328.php) (verificado el 6 de diciembre de 2013).

\* \* \*

Desde la perspectiva expresiva, el derecho de autor protege el acceso de autores y audiencias a ciertos tipos de contenidos. O, visto desde el lado contrario, que se pueda copiar fácilmente el trabajo de los autores los hace mucho menos atractivos para quienes los publican o invierten en ellos: ¿para qué pagar por algo que otros pueden obtener gratis?<sup>37</sup>

Tushnet también plantea el argumento en términos de una falla del mercado informativo. En manos de la competencia y el libre flujo de información, ciertos contenidos no serán producidos. Solemos encontrar este fundamento para los medios de servicio público o las obligaciones de información de interés general, pero es igualmente aplicable a los contenidos que por su especialidad, originalidad o costo no serán suministrados por el mercado, o lo serán de manera insuficiente.

*“No debe olvidarse que los Redactores pretendían que el copyright fuera en sí mismo un motor de la libertad de expresión. Al establecer el derecho comerciable de usar la expresión de cada uno, el copyright suministra el incentivo económico para crear y diseminar ideas”,* dijo la Corte Suprema estadounidense en relación con la relevancia del derecho de autor en la Constitución de ese país.<sup>38</sup>

Nos encontramos de nuevo con el argumento económico, pero ya no como base de la propiedad intelectual *per se*, sino como justificación de una intervención estatal que permita fortalecer el debate público. En relación con el bien jurídico que busca preservar el derecho de autor, ya no se trata de garantizar los beneficios económicos del individuo, sino de evitar que disminuya el incentivo del individuo para hablar; de evitar un efecto inhibitorio.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Cfr. Tushnet, R. Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti- Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 278, 2000. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/278> (verificado el 6 de diciembre de 2013).

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Harper Row v. Nation Enterprises. 471 U.S. 539 (1985) (traducción informal). Disponible en: [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471\\_US\\_539.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm) (verificado el 6 de diciembre de 2013).

<sup>39</sup> Cfr. Op. Cit. Tushnet, p. 45.

Los valores de libertad de expresión respaldan entonces la acción afirmativa del gobierno de proteger cierto tipo de expresiones privadas.<sup>40</sup> Y esto puede perderse de vista cuando se aboga por la abolición del derecho de autor o se subestima su relevancia. Dejando de lado los argumentos económicos y propietarios, hay también un derecho a la libertad de expresión en ciernes: el de quienes reivindican la potestad de controlar el uso de sus contenidos. El *Centre for Law and Democracy* plantea claramente la disputa de los dos bandos:

Quienes proponen la expansión y fortalecimiento del *copyright* –por ejemplo extendiendo el término de protección– alegan que están actuando en el interés de la libertad de expresión al incentivar la creación de contenido nuevo, fortaleciendo de este modo la diversidad de información e ideas disponibles y, a su vez, fortaleciendo los derechos del receptor u oyente. Todo esto mientras también protegen los intereses de expresión de los creadores de contenido. Quienes proponen términos más cortos para el *copyright*, por otro lado, reivindican que están promoviendo la libertad de expresión al empujar más material al dominio público, al remover grilletes para la creación de nuevo contenido mediante la reutilización y adaptación, y al permitirles a los consumidores que accedan y compartan el contenido más fácilmente.<sup>41</sup>

\* \* \*

Una vez delimitado el conflicto interno entre expectativas válidas pero opuestas de libertad de expresión, es necesario buscar una salida. Y si aceptamos que ambos lados tienen una aspiración legítima en el debate público, la única solución que resulta inaceptable es que uno de ellos ceda del todo a favor del otro. Un sistema que asegure exclusivamente los intereses propietarios de la expresión será tan nocivo como uno que se centre solamente en los terceros que desean usar expresiones de otros individuos. Ahí radica el valor de reubicar el *copyright* en este marco teórico: obliga a hacer un ejercicio de ponderación que desde otros abordajes parece imposible.

---

<sup>40</sup> Ibidem p. 37 y ss.

<sup>41</sup> Centre for Law and Democracy. 'Reconceptualising Copyright: Adapting the Rules to Respect Freedom of Expression in the Digital Age'. July 2013, p. 25.

Y acá volvemos al rol del Estado como árbitro y distribuidor de oportunidades de expresión. Más allá de que los jueces norteamericanos hayan resistido la visión democrática de la libertad de expresión, es un hecho que existen ejemplos de regulación – en ese país y en otros– donde el Estado ejerce ese rol en la práctica. Cuando el Estado asegura legalmente un derecho de réplica o de rectificación, cuando impone obligaciones de llevar señales y contenidos (*must-carry*), o cuando, como se mencionó, garantiza cuotas mínimas para programas o grupos locales, está abriendo y cerrando, fomentando y limitando, oportunidades de expresión.

Fiss lo compara con el papel que ejerce un parlamentario justo, quien *“desea que haya expresiones vigorosas de los puntos de vista, pero también es sensible al exceso de cabildeo y al impacto que tiene en la calidad del debate”*.<sup>42</sup> Enfrentado a ese desequilibrio –agrega Fiss– el parlamentario le pide al interlocutor que se modere; ha sido tan abusivo en su participación que muchos optaron por abandonar el debate.

Si suponemos que esa moderación que pide un parlamentario a otro es más bien una ley que lo conmina a moderarse, ésta no puede ser desproporcionada y arbitraria. El valor que busca proteger –la libertad de expresión de unos– es a su vez el valor que está en riesgo –la libertad de expresión de otros. Ese es el ejercicio de ponderación que puede hacer el juez, e incluso el legislador antes de legislar, en *copyright*: ¿esta regulación aumentará la calidad y robustez del debate o tendrá el efecto opuesto?<sup>43</sup>

No hay respuestas automáticas ni fórmulas mágicas. Un ejercicio de ponderación es, en esencia, complejo. Sin embargo, es posible examinar los proyectos de ley y las leyes sobre derecho de autor con estos anteojos. En palabras del juez norteamericano Stephen Breyer, en materia de libertad de expresión *“los jueces deben aplicar presunciones de protección diferentes en contextos diferentes”*.<sup>44</sup> Una ley que protege los derechos individuales de los creadores no es por naturaleza restrictiva de la libertad de expresión, así como no lo es la ley que promueve un mayor acceso a esas obras.

El enfoque de libertad de expresión no niega los argumentos propietarios y económicos, ni pretende convertirse en un referente autosuficiente para resolver los problemas en torno al derecho de autor. Debe ser útil, más bien, para poner esos

---

<sup>42</sup> Op. Cit. Fiss, Loc. 222 (traducción informal).

<sup>43</sup> Cfr. Ibidem Loc. 187.

<sup>44</sup> Justice Breyer, dissenting. En: Gil Garcetti, et al., *Petitioners vs. Richard Ceballos*, mayo de 2006. Disponible en:

[http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/supremecourt/Garcetti\\_Ceballos.htm](http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/supremecourt/Garcetti_Ceballos.htm)

(verificado el 6 de diciembre de 2013, traducción informal).

argumentos en perspectiva, para darles contenido y algún nivel de compatibilidad de lado y lado que permita llevar a cabo el ejercicio de balance del que venimos hablando.

A manera de ilustración –y ya para terminar– hagamos un ejercicio inicial de ponderación en el caso de las excepciones al derecho de autor. En el sistema norteamericano, el ‘uso justo’ o *fair use* permite usar contenidos protegidos sin autorización del titular para hacer comentarios, críticas o parodias. Sin embargo, la práctica de hacer remezclas o ‘mashups’ en el entorno digital –combinar porciones de videos o audios, o tomarlas para crear un nuevo producto– puede desbordar fácilmente la protección de uso justo si, por ejemplo, incluye fragmentos muy largos del material original.

¿Esta restricción tiene la virtud de proteger los intereses expresivos de los creadores? ¿De qué manera afecta el interés colectivo de tener más expresiones en el debate público? Estas preguntas en sí mismas pueden orientar la ponderación y, a su vez, complementar el análisis tradicional del incentivo económico que, como vimos, no es fácil de asir. A partir de esto, una ponderación interna de intereses expresivos podría indicar que el ‘uso justo’ debería permitir la práctica de remezclas y ‘mashups’.

En estos mismos términos, el ejercicio de ponderación podría aplicarse –tanto en la instancia del diseño de la regulación como en la de revisión judicial– a las demás áreas donde el *copyright* viene expandiéndose: las Medidas Tecnológicas de Protección, que estrechan demasiado el uso externo de contenido protegido; la extensión de los términos de protección, y los mecanismos de notificación y retiro –como el del *Digital Millennium Copyright Act*– que permiten controlar contenidos sin que medie algún tipo de control judicial.<sup>45</sup>

En el contexto latinoamericano, esta propuesta de repensar el pulso entre el derecho de autor y la libertad de expresión como una tensión interna, resulta especialmente importante: a diferencia del sistema norteamericano, donde la cláusula de ‘uso justo’ es un tanto flexible y se presta a interpretación, la mayoría de regímenes de nuestra región –siguiendo tratados internacionales– establecen que las excepciones al uso de material protegido son taxativas y específicas. Tal abordaje, de entrada, da prelación a los intereses expresivos de los autores por encima de los de los demás ciudadanos. Habría que comenzar por preguntarse, entonces, si en estos sistemas el Estado está distribuyendo las oportunidades expresivas de manera democrática. Y la respuesta ya no puede ser,

---

<sup>45</sup> Cfr. Op. Cit. Cortés.



escuetamente, que la propiedad del derecho de autor y su conveniencia económica lo justifican.

### 3. Recomendaciones

- Los argumentos propietarios y económicos aíslan el *copyright*, como una especie de derecho autónomo y autosuficiente. Desde allí es difícil cuestionar el impacto que tiene esta regulación en la libertad de expresión.
- Delimitar el conflicto entre *copyright* y libertad de expresión como una tensión interna entre dos expectativas válidas de expresión, puede dar luces para hacer una mejor ponderación de los intereses involucrados.
- Si se acepta que ambos lados tienen una aspiración legítima en el debate público, resulta inaceptable cualquier solución que implique que uno de ellos ceda del todo a favor del otro.
- A pesar del reto que implica un ejercicio de ponderación, es posible examinar los proyectos de ley y las leyes sobre derecho de autor de esta perspectiva. Y es necesario hacerlo sin tener una visión predefinida de cuál es la protección más importante.
- El enfoque de libertad de expresión puede dar luces para revisar normas de notificación y retiro, extensiones de términos de protección del derecho de autor, y el uso extendido de Medidas Tecnológicas de Protección.