



CELE

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información

Febrero de 2015

MERCADOS, PROPIEDAD, EXPRESIÓN Y USO PERSONAL: EL SISTEMA DE DERECHOS DE AUTOR

Dr. Hiram A. Meléndez Juarbe

MERCADOS, PROPIEDAD, EXPRESIÓN Y USO PERSONAL: EL SISTEMA DE DERECHOS DE AUTOR

Dr. Hiram A. Meléndez Juarbe* **

* Catedrático Asociado, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. J.D., U.P.R. (2000); LL.M., Harvard Law School (2002); LL.M., New York University (2008); J.S.D., N.Y.U. (2013). Este escrito fue preparado para la conferencia "Hacia una reconceptualización de los derechos de autor II" organizada por el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, celebrada el 21 de octubre de 2014.

** Este escrito se encuentra disponible bajo una licencia Creative Commons, Atribución 4.0.

Hoy día se impone la pregunta: ¿qué valores debe reflejar un sistema de derechos de autor?¹

En general, replantearse en voz alta los objetivos de la norma jurídica es, como mínimo, una forma de mantenerla en el espacio de deliberación pública para cuestionarnos si responde a nuestras necesidades, aspiraciones y realidades. Pero hay razones especiales por las que esta pregunta es crucial en el contexto de los derechos de autor. Todas y todos hemos escuchado que los cambios tecnológicos contemporáneos ponen presión a ciertas normas jurídicas y la fundamentación detrás de ellas. Sonará trillado, pero no deja de ser cierto; particularmente en aquellas áreas del Derecho que inciden sobre la producción y transmisión de información—como es el caso del derecho a la privacidad y la libertad de expresión—frecuentemente encontramos que tanto la norma jurídica, *así como sus objetivos*, tienen que ser replanteados ante realidades materiales y tecnológicas cambiantes.

En este sentido, el cambio tecnológico nos motiva a *actualizar* el derecho positivo para conservar y mantener los valores políticos y sociales que una vez considerábamos importantes, en una especie de modernización del Derecho.² Pero, a veces, los cambios tecnológicos nos obligan a ir más allá: nos obligan a replantearnos y cuestionar los valores políticos que animan a un sistema jurídico.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la privacidad. En una concepción muy tradicional, ese derecho sirve para protegernos contra intromisiones en nuestro entorno más secreto y privado: aquello que cuidamos celosamente y que protegemos ante la vista de otros (a diferencia de información que divulgamos al público). Hoy día, sin embargo, muchos exigimos alguna protección a información sobre nosotros, aun cuando la hayamos publicado y divulgado masivamente (en redes sociales, por ejemplo). El reclamo de un derecho a la *privacidad en público* es, en cierta forma, un llamado a reconocer valores políticos repensados y re-articulados a la luz de cambios tecnológicos. De esta forma, hoy día podemos asociar el derecho a la privacidad no sólo con lo privado y secreto, como es tradicional, sino más ampliamente con la libertad de expresión y con el interés de controlar cómo nos proyectamos en público y

¹ Cuando menciono la existencia de un sistema de derechos de autor, lo hago haciendo referencia a uno de mis escritos previos. Véase, Hiram Meléndez Juarbe, *Tecnopolítica y derechos de autor*, SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA: EL CONSTITUCIONALISMO EN TRANSICIÓN (2011).

² Lawrence Lessig sugirió que en ocasiones nos limitamos sólo a esa *modernización* porque se delega la responsabilidad de forjar estructuras jurídicas a personas con poca imaginación: nosotros, los abogados. LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 120 (1999) (“[C]onstitutional thought has been the domain of lawyers for too long. We have been trapped by a mode of reasoning that pretends that all the important questions have already been answered, that our job is simply to translate them for modern times. As a result, we do not quite know how to proceed when we think the answers are not already there. As nations across the world struggle to express and embrace constitutional values, we . . . have lost the practice of embracing, articulating, and deciding on constitutional values.”)

nos relacionamos con otros.³ Así, vemos cómo los cambios tecnológicos requieren que repensemos la norma y, además, sus valores fundantes.

Lo mismo pasa con un sistema de derechos de autor. Preguntarse cómo actualizarlo ante estos cambios debe incluir, pues, una reflexión en torno a cómo lo imaginamos ampliamente, para qué lo queremos, qué intereses sociales e individuales debe reflejar y si su fundamentación debe reconsiderarse.

2.

Tradicionalmente, pensamos en dos posibles justificaciones para un sistema de derechos de autor. Por un lado, la protección al autor se concibe como una forma de crear incentivos; un estímulo para la generación de obras por vía de derechos exclusivos de propiedad para la autora o el autor—propiedad cuyo modo de distribución preferido es el mercado, según esta visión—. Por otro lado, la protección al autor se concibe como un derecho personal, de índole moral. El autor o autora se merece una protección, ya sea porque existe una conexión entre la obra y él o ella, o porque merece que se reconozca el expendio del sudor de su frente.

Por eso, pensamos en los fundamentos de un sistema de derechos de autor activando un binomio de intereses (patrimoniales y morales) que tienen como eje central al autor o autora. Quiero proponer, sin embargo, que el panorama es y *debe ser* más complejo. Y quiero proponer, además, que las tecnologías de información contemporáneas nos invitan a incorporar intereses que coloquen en el centro del sistema, no sólo al autor, sino también —de forma prominente— al *usuario de las obras y a la comunidad en general*.

Nótese que he estado hablando de un *sistema* de derechos de autor. Es un *sistema*, en buena medida, porque es pluralista: refleja y debe reflejar, conjugar y negociar las presiones que imponen varios grupos de valores que aspiran a dar fundamentación a este régimen de derecho. De modo que un sistema de derechos de autor es un conjunto de valores en conflicto constante, por lo que no debemos afirmar que tiene que promover un único objetivo.⁴ No se

³ Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, 77 REV. JUR. UPR 45 (2008); Hiram Meléndez Juarbe, *El derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia del juez Hernández Denton: Lo público de lo público*, 83 REV. JUR. U.P.R. (por publicarse en 2014).

⁴ Meléndez Juarbe, *supra* nota 1. Para otras visiones pluralistas véase: ROBERT MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (2011); William Fisher III, *Theories of Intellectual Property*, en NEW ESSAYS IN LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY 168 (Stephen R. Munzer ed., 2001); John Tehranian, INFRINGEMENT NATION: COPYRIGHT 2.0 AND YOU 54-57 (2011); Jeanne C. Fromer, *Expressive Incentives in Intellectual Property*, 98 VA. L. REV. 1745, 1746 (2012); David McGowan, *Copyright Nonconsequentialism*, 69 MO. L. REV. 1 (2004); Dan L. Burk, *Law and Economics of Intellectual Property: In Search of First Principles*, 8 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 397 (2012).

trata, pues, de proteger uno o algunos de estos intereses y valores, sino de buscar formas para conjugarlos todos armónicamente.

A estos conjuntos de valores los llamo *paradigmas de derecho de autor* —visiones de mundo sobre lo que es y debe ser este régimen de derecho—. Yo identifico cuatro paradigmas importantes: *Mercado, Propiedad, Expresión y Uso Personal*.

Dependiendo de la jurisdicción, algunos de éstos se reflejarán claramente en el derecho positivo, en la fundamentación de las decisiones judiciales y en la estructura del derecho de autor. Otros se recogen más tenuemente, a mayor o menor grado, y se defienden o rechazan vigorosamente en el debate público, en los tribunales, y en espacios académicos. El punto no es que todo sistema jurídico en efecto recoja de igual forma esta combinación de valores o paradigmas, o que los refleje a todos de algún modo. Es obvio que no. El punto, en cambio, es que los operadores jurídicos (jueces, legisladores, forjadores de política pública, activistas, académicos) explícitamente traten a su régimen jurídico como un *sistema* que combine diversas visiones de mundo (yo propongo estas cuatro) y hagan transparente cuál es la configuración que su sistema propone, qué sacrificios se hacen, cuáles valores quedan descartados y por qué.

3.*

Conforme a la visión de mundo que llamo el *paradigma del Mercado*, el derecho de autor aspira a maximizar el bienestar social brindando incentivos suficientes a productores de información, evitando el *free riding* que se produciría en la ausencia de los derechos exclusivos (en atención al carácter intangible de las obras intelectuales). Pero como la innovación es cumulativa, la creación intelectual de una persona es un producto de *su* proceso creativo, así como un factor de producción para *otros* creadores subsiguientes. Por eso, la obra intelectual tiene un valor social que excede el valor privado para el primer creador. Bajo esta visión, el alcance y duración del derecho de autor dependerá de cuánto creemos que estas externalidades de la innovación beneficiarán a creadores posteriores en sus propios procesos creativos. Por tanto, el mayor reto con la privatización de recursos intelectuales está en asegurar la producción de este bien público mientras se limita el derecho para evitar que sea subutilizado.

* Esta discusión se basa en mi ensayo, *Tecnopolítica y derechos de autor*, *supra* nota 1, p. 1. Abandono aquí el concepto de *paradigma de incentivo* usado en ese escrito para hablar del *paradigma del mercado* por ser más apropiado y descriptivo. Incluyo, además, el *Paradigma de Uso Personal* como uno independiente.

De acuerdo a esta versión, el individuo es imaginado como escogiendo entre posibilidades que maximicen su utilidad. Por supuesto, los autores crean por razones distintas a la recompensa económica directa y persiguen intereses creativos por diversas razones como, por ejemplo, su deseo de comunicarse, respeto de pares y reconocimiento.⁵ Generalmente, este paradigma opera *ex ante*: es decir, como un incentivo antes de la creación, y se usa para justificar aquellas protecciones al autor en la medida que sea necesario para inducir la producción. Esta postura *ex ante*, por lo tanto, puede justificar un tipo de protección minimalista, pues justificaría sólo aquellas protecciones que sean necesarias para inducir al autor, y no más que eso. Pero el *Paradigma del Mercado* podría —y frecuentemente lo hace— dar base a justificaciones maximalistas *ex post*⁶ bajo la idea de que el control casi absoluto de todas las facetas de una obra en el futuro propende al bienestar social —como cuestión de eficiencia asignativa— y, por lo tanto, resulta más eficiente concentrar en unas manos la decisión sobre el destino de esa obra⁷ —en comparación con otras alternativas más distribuidas—. Esta visión *ex post* se traduce en excepciones limitadas a favor de los usuarios, una protección vigorosa a las obras derivadas⁸ o la extensión prolongada del término de protección, entre otras cosas.

Le llamo el *Paradigma del Mercado* pues el proceso creativo tiene al mercado como alfa y omega: la promesa del mercado da vida a la obra, es su consecuencia natural y su modo de distribución ideal. El mentado incentivo es, precisamente, para que la obra pueda traficarse como un bien de consumo. El objetivo último —el bienestar social— es posible aquí tras la satisfacción de preferencias de los individuos que quisieran la obra pagando su precio, la cual ha de producirse porque existe la posibilidad de su consumo. Se trata, pues, de la comodificación absoluta del derecho de autor y del proceso creativo.⁹

⁵ Diane Leenheer Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, 12 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 29 (2009). El *paradigma del mercado*, y su idea complementaria del individuo, no da cuenta apropiadamente de la producción por pares (*peer-to-peer*) o los muchos casos de innovación no remunerada por usuarios. Véase, ERIC VON HIPPEL, *DEMOCRATIZING INNOVATION* (2005). Otros, sin cuestionar esta imagen de lo que motiva la innovación, cuestionan sin embargo si el monopolio de la propiedad aumenta el bienestar, o welfare. Véase MICHELLE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, *AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY* (2008).

⁶ Mark Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. CHI. L. REV. 129 (2004). Se argumenta que sólo derechos de propiedad intelectual fuertes brindan a un creador incentivos adecuados para innovar y mejorar sobre obras existentes a través del tiempo debido a que ellos están posicionados para recibir las señales del mercado sobre versiones iniciales de las obras. Se alega, además, que la protección fuerte previene que se desgaste el valor de los derechos de propiedad intelectual. Véase, por ejemplo, Randal C. Picker, *Fair Use v. Fair Access*, 31 COLUM. J. L. & ARTS. 603 (2007); WILLIAM LANDES & RICHARD POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 222 (Harvard 2003).

⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); Richard Epstein, *The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary*, 62 STAN. L. REV. 455 (2009); Epstein, Richard A., *What is So Special about Intangible Property? The Case for Intelligent Carryovers*, en *COMPETITION POLICY AND PATENT LAW UNDER UNCERTAINTY* 42 (Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright eds., 2010).

⁸ Michael Abramowicz, *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, 90 MINN. L. REV. 317 (2005).

⁹ MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (1996).

Cuando hablo del *Paradigma de Propiedad*, de otro lado, me refiero a una dimensión moral. Es muy fácil trasladarse de una concepción de mercado a una visión de merecimiento moral.¹⁰ Como expresó Jeremy Waldron, “[e]l pensamiento se mueve de *estímulo*, a *incentivo*, a *beneficio*, a *recompensa*, a *merecimiento*, de manera que algo que comienza como un asunto de política social deseable acaba siendo concebido como un derecho moral”.¹¹

Este *Paradigma de Propiedad* toma varias formas. Por un lado, como mencioné, se justifica la propiedad intelectual como moralmente merecida, a partir de la mezcla del trabajo individual con recursos comunes¹² o a partir de una conexión entre la obra y la personalidad del autor.¹³ Esta visión encuentra eco, por ejemplo, en la protección de derechos morales de autor, tales como los derechos de atribución e integridad. Este último impide que terceros— aun cuando adquieran legalmente copias de la obra—realicen alteraciones que puedan afectar la reputación y dignidad del autor. Pero el *Paradigma Moral de Propiedad* va más allá de este tipo de norma en el derecho positivo. Tiene un arraigo profundo en la cultura y se manifiesta en la idea de que, sobre todas las cosas, el autor o autora moralmente merece algún tipo de derecho de propiedad.

Es pertinente aquí precisar tres asuntos fundamentales al *Paradigma Moral de Propiedad*.

Primero, en el contexto de los derechos de autor, así como en otros, la propiedad puede entenderse discursivamente. Como propone Carol Rose, la *propiedad es persuasión*: es decir, un ejercicio discursivo en el que continuamente imaginamos, discutimos e intentamos convencer a otros en torno a las maneras de concebir el uso, disfrute y distribución de las cosas.¹⁴ Imaginar a la propiedad de esta manera, discursivamente, como un constructo social, nos permite explorar su maleabilidad y revelar las luchas que se dan para constituir, cambiar o reconfigurar su significado.

El segundo punto es que ese ejercicio discursivo tiene un impacto tangible y profundo sobre nuestras vidas. Ello porque, a partir de estos procesos, quedan constituidas

¹⁰ Para una discusión reciente sobre justificaciones no consecuencialistas a la propiedad intelectual, véase: ROBERT MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (2011).

¹¹ Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI. KENT. L. REV. 841, 851 (1993).

¹² Véase, Wendy Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. J. 1533 (1993). Véase, además, Daniel Attas, *Lockean Justifications of Intellectual Properties en INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE* 29 (Axel Gosseries, Alain Marciano, & Alain Strowel eds., 2008).

¹³ Véase, Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L. J. 287 (1988). Sobre los derechos morales en general véase, Cyril P. Rigamonti, *Deconstructing Moral Rights*, 47 HARV. INT'L. L. J. 353 (2006). En los Estados Unidos véase Visual Artists Rights Act of 1990, 17 USC §§ 101, 106A; Roberta Rosenthal Kwall, *Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1945, 1983-2012 (2006).

¹⁴ Carol M. Rose, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, 108 YALE L. J. 601, 622 (1998).

categorías jurídicas. Estas, a su vez, contribuyen a forjar nuestras identidades.¹⁵ Es decir, nuestra identidad— nuestro contenido de consciencia, cómo nos visualizamos, cómo vemos al mundo, quiénes somos frente a otros— queda influenciada, entre otras cosas, por el contenido que se le dé discursivamente a la propiedad privada, y por la forma en la que queda incorporado ese contenido formalmente en el Derecho.¹⁶

De ahí que, por el carácter que discursiva y legalmente toma la propiedad y, por ende, el carácter que toma el *Paradigma Moral de Propiedad*, se constituye la identidad del autor de la obra, concibiéndosele como una persona esencialmente *virtuosa*. Como contraparte, se construye la identidad del usuario no autorizado a quien se le concibe fundamentalmente como un *pirata*. De modo que el uso no autorizado y el individuo que lo realice adquiere un carácter de inmoralidad.¹⁷

Todo esto queda evidenciado por las agresivas campañas “educativas” para representar todas las copias no autorizadas como ilegales y, por lo tanto, todos los que realizan esa práctica como ladrones y piratas.¹⁸

El tercer punto es que ese usuario no autorizado que queda constituido y retratado por el *Paradigma Moral de la Propiedad* —el pirata o ladrón— produce, a su vez, una suerte de usuario que es imaginado como virtuoso: me refiero al usuario como *consumidor*. Y es aquí que el *Paradigma de la Propiedad* refuerza al *Paradigma del Mercado*. Si bien el usuario no autorizado de la obra es conceptualizado como un pirata inmoral, el usuario virtuoso es el que paga por ella.

Comprender esta construcción de sujetos virtuosos y no virtuosos es crucial porque, en un sistema de derechos de autor saludable, el *paradigma moral de la Propiedad*— y los sujetos virtuosos y no virtuosos que produce: el autor, el pirata y el consumidor —puede y debe tener competencia—. Otros paradigmas, el de *Expresión* y el de *Uso Personal*, entre otras cosas, proveen alternativas que incorporan valores sociales particularmente importantes en un entorno digital.

¹⁵ Efrén Rivera Ramos, *Derecho y subjetividad*, 5-6 FUNDAMENTOS 125 (1997-98).

¹⁶ Rivera Ramos, *id.*, Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L. J. 805 (1987). ÉRIKA FONTÁNEZ TORRES, AMBIGÜEDAD Y DERECHO: ENSAYOS DE CRÍTICA JURÍDICA (2014).

¹⁷ Véase, EDUARDO MOISÉS PEÑALVER & SONIA K. KATYAL, PROPERTY OUTLAWS: HOW SQUATTERS, PIRATES, AND PROTESTERS IMPROVE THE LAW OF OWNERSHIP (2010); Julie Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 FORDHAM L. REV. 347, 351 (2005). Waldron, *supra* nota 11, en la pág. 842. Como expresa Waldron, “[s]i pensamos en un autor como alguien que posee un derecho natural a enriquecerse de su obra, entonces pensaremos en quien copia como una especie de ladrón”.

¹⁸ PALFREY & GASSER, BORN DIGITAL: UNDERSTANDING THE FIRST GENERATION OF DIGITAL NATIVES 137 (2008). Para más información, véase, la página web de la Copyright Alliance Education Foundation, <http://www.copyrightfoundation.org/>. Véase, además, Nate Anderson, *EFF gives copyright education a crack with new curriculum*, ARS TECHNICA, (28 de mayo de 2008 21:09), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/05/eff-gives-copyright-education-a-crack-with-new-curriculum.ars>

El *Paradigma de Expresión* imagina a otro tipo de usuario. Sabemos que un régimen de libertad de expresión debe contribuir a sostener condiciones para un discurso público vigoroso.¹⁹ Pero en la medida que los paradigmas de *Mercado* y *Propiedad* refuerzan una visión comodificada del Derecho y del proceso creativo colocando en el centro del universo al autor, existe un riesgo real de que se afecte adversamente el discurso público si el sistema de protección impide que los usuarios se expresen a través de obras que circulan en su entorno cultural y que ostentan un poder simbólico significativo. El *Paradigma de Expresión*, y el tipo de sujeto expresivo que concibe, debe servir de contrapeso a estas presiones.

Este paradigma a veces es visto como parte del esquema de incentivos, particularmente la visión minimalista *ex ante* porque, conforme a esta, solamente se justifican aquellas protecciones necesarias para incentivar la creación y se favorecen limitaciones que permitan a otros crear sobre ellas, en una especie de espiral creativo.²⁰ Cónsono con esta visión, casi todos los sistemas tienden a permitir una variedad de usos no autorizados toda vez que estos usos puedan verse conectados a valores de libertad de expresión. Así, por ejemplo, doctrinas como la de *fair use*, la de *fair dealing* y otras excepciones permiten el uso de obras sin permiso para un sinfín de objetivos expresivos, tales como educativos,²¹ investigación, políticos, críticas y parodias, entre otros.²²

En cierto sentido, el *Paradigma de Expresión*, así articulado, tiende a enfatizar la importancia de la *producción* de información por el usuario y su contribución a un mercado de ideas y a la calidad del debate público. Por ello, tienden a valorarse aquellos usos que sean transformativos o “constructivos”, o que pueda decirse que contribuyen al entorno expresivo más amplio —a diferencia de, por ejemplo, la apropiación que no tenga como resultado una contribución pública o la transformación en algo nuevo—.²³ Así, el usuario privilegiado en este modelo es imaginado, en palabras de Tushnet, dentro del “discurso constitucionalizado más

¹⁹ ROBERT POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY AND MANAGEMENT (1995).

²⁰ Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 US 539, 558 (1985) (“the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.”). Véase, David McGowan, *Copyright Nonconsequentialism*, 60 Mo. L. REV. 1 (2004).

²¹ Para la relación entre el entorno educativo y los valores de libertad de expresión, véase, ROBERT POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE (2012).

²² 17 U.S.C. § 107.

²³ Véase, por ejemplo, Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 221 (2003) (resaltando el menor valor constitucional de “mak[ing] other people’s speeches”). Véase, además, NEIL NETANEL, COPYRIGHT’S PARADOX (2008).

tradicional sobre crítica contestataria, protesta, ofensa y la expresión impopular”.²⁴ El sujeto virtuoso aquí es aquel que tiene algo que decir y contribuir al discurso público, pero lo dice tomando prestadas palabras de otros.²⁵

El *Paradigma de Uso Personal*, por el contrario, tiene como eje al individuo y su interacción con el contenido. En este sentido, contrario al paradigma de *Expresión*, el de *Uso Personal* valora la experimentación personal y privada sin tener en cuenta si contribuye o no algo nuevo al entorno expresivo.²⁶ Me refiero a prácticas con una dimensión menos exteriorizada tales como abrir, editar, recombinar, manipular obras, simplemente explorarlas y jugar con ellas, así como actividades relacionadas e incidentales —como romper candados digitales que impidan estos usos personales—.

Estas prácticas de *Uso Personal* pueden concebirse sobre la base de alguna teoría de autonomía individual y como parte de procesos de auto-definición personal.²⁷ Pero podrían también anclarse en una visión que subraya el carácter *situado* (no tanto autónomo) de los sujetos, como hacen Julie Cohen y Madhavi Sunder.²⁸ Es decir, el tipo de usuario imaginado por el *Paradigma de Uso Personal* es un sujeto que está sumamente inmerso en, atado a, y arropado por su contexto cultural. Esta persona juega con los elementos culturales que le constituyen, en procesos iterados y en un toma y dame continuo con la cultura. Pero el sujeto aquí está *situado* en un sentido que no es estático, pues no se le concibe como vinculada permanentemente al contexto cultural tal cual existe —como los sería tal vez bajo una concepción de la cultura vista como *tradición*—. ²⁹ En vez, el sujeto opera *a través* de la cultura, nadando a través de ella —dice Cohen, “working through culture”³⁰— de modo que su ubicación le permite experimentar con ella, con la posibilidad de trascenderla, transgredirla y reconfigurarla. En fin, el usuario situado consume obras digitales, las copia para uso personal o, conforme al *Paradigma de Expresión*, para comunicar a otros. Las apropia para experimentar, jugar, reinventarse personalmente y, si quiere, proponer. La cultura es, en este paradigma, un proceso *generativo* que oscila entre la estabilidad de los elementos culturales que tenemos —estabilidad necesaria para

²⁴ Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L. J. 535, 558 (2004).

²⁵ *Id.* en la pág. 560.

²⁶ Tushnet, *supra* nota 24.

²⁷ Estos valores de autonomía se destacan hoy en el contexto de tecnologías digitales, pues las condiciones materiales para la producción y manipulación de productos culturales permiten identificarnos y experimentar personalmente, con ellos como participantes activos de procesos culturales, y no como receptores pasivos de información. Véase, Jack Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, (2004); Tushnet, *supra* nota 24, en la pág. 565.

²⁸ JULIE COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF (2012); MADHAVI SUNDER, FROM GOODS TO A GOOD LIFE: INTELLECTUAL PROPERTY AS GLOBAL JUSTICE (2012).

²⁹ SUNDER, *Id.*

³⁰ COHEN, *supra* nota 28.

anclarse en un contexto para experimentar— y la transgresión de lo que puede ser. La cultura es también *participativa*, pues depende de sujetos situados que trabajen a través de ella, desde su vientre.

En la medida que el *Paradigma de Uso Personal* también sirve como precondition, en ocasiones necesaria, para la expresión pública, podemos ver su íntima conexión con el de *Expresión*. Así, en el contexto de la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, la Primera Enmienda debe exigir que ambos paradigmas se vean reflejados en su sistema de derechos de autor.³¹

Un sistema de derechos de autor debe, como mínimo, reflejar estos paradigmas y proveer mecanismos para que se regulen mutuamente. Sus interrelaciones pueden ser sumamente complejas. Por ejemplo, si bien el *Paradigma del Mercado* presume la comodificación de las obras y del proceso creativo, y si bien el *Paradigma de Propiedad* le refuerza con la construcción del pirata, la realidad es que el binomio Mercado/Propiedad refleja una situación híbrida, en lo que Margaret Jane Radin llama “comodificación incompleta”,³² pues en muchas partes los derechos morales se conciben como inalienables y, por lo tanto, como limitantes al mercado.³³

Y desde el punto de vista del usuario y sus intereses como agente expresivo o como sujeto situado, los paradigmas *de Expresión y de Uso Personal* deben servir de contrapeso a las presiones que ejercen los de Mercado y Propiedad. De modo que, por ejemplo, si bien debemos favorecer arreglos legales que estén orientados a incentivar la creación con derechos de propiedad, por su impacto contra el uso expresivo por terceros también debemos hacer un esfuerzo consciente por limitar la protección a aquellos incentivos que sean absolutamente necesarios para su creación —la versión *ex ante*, y no la versión *ex post*— y la protección de amplias libertades de uso bajo mecanismos como el *fair use* y otras limitaciones y excepciones. Si bien el discurso público vigoroso en un régimen de libertad de expresión se promueve con la producción y divulgación de obras creativas protegidas por derechos de autor,

³¹ Esta es la tesis central de un trabajo en progreso, HIRAM MELÉNDEZ JUARBE, COPYRIGHT, PERSONAL USE AND THE FIRST AMENDMENT: A PUBLIC DISCOURSE PERSPECTIVE (versión de 2013).

³² MARGARET JANE RADIN, CONTESTED COMMODITIES (2001).

³³ Como ejemplo están las leyes de Francia, España y México. Véase respectivamente CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE [C. PR. INT.] Art. L. 121-1 (Fr.) (“Il est perpétuel, *inaliénable et imprescriptible*.”) (énfasis suplido); Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual art. 14 (B.O.E. 1996, 1/1996) (España) (“Corresponden al autor los siguientes derechos *irrenunciables e inalienables*”); Ley Federal del Derecho de Autor [LFDA] [Federal Copyright Act], según enmendada, art. 19, Diario Oficial de la Federación [DO], 24 de diciembre de 1992 (Mex.) (“El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, *irrenunciable e inembargable*”). Véase además, *Moral Rights in Puerto Rico and the Puerto Rico V.3.0 Creative Commons License*, CREATIVE COMMONS PUERTO RICO (June 8, 2007), <http://mirrors.creativecommons.org/international/pr/moral-rights.pdf>

también se sostiene con la protección de la expresión de usuarios que echan mano de su entorno cultural inmediato.

Ahora bien, si aceptamos como válidas y aceptables las retóricas de Mercado y Propiedad en un sistema pluralista, aunque éstas deben estar limitadas por los *paradigmas de Expresión* y de *Uso Personal*, estos últimos dos también son condicionados y estructurados por los primeros. Por eso, como dije antes, los *paradigmas de Expresión* y de *Uso Personal* deben existir como contrapeso y no para cancelar absolutamente los de Mercado y Propiedad. No todo uso sin permiso debe ser privilegiado: realmente existen piratas y villanos, aunque no todos lo seamos. Pero entiendo que sí deben ser privilegiados los usos personales que cataloguemos como *no comerciales* así como los usos expresivos, transformativos o no, que *no tiendan sustancialmente a sustituir a las obras originales en el mercado* —con relación al mercado tradicional, razonable y esperado de esas obras— *de modo que, de ser permitidos, esos usos destruirían— no que meramente impactarían— los incentivos para la creación.*

Reconozco que estas son categorías controversiales y que hay una intensa discusión académica sobre éstas: pero principalmente me refiero a usos que no son comerciales porque, fundamentalmente, carecen de un ánimo de lucro o porque no tienen un impacto sustancial sobre el mercado razonablemente esperado de las obras y sobre los incentivos para crearlas.³⁴ Por su ambigüedad, la línea entre el uso comercial y el no comercial es normativa y es aquí que nuestras intuiciones sobre (y el peso que le demos a) los *paradigmas de Expresión* y de *Uso Personal* harán una diferencia.

En fin, cuando se trate de este tipo de usos *no comerciales* debe operar un límite importante a la comodificación de las obras y a la lógica del mercado. Ello, pues la comodificación que proviene del *paradigma del Mercado* (en combinación con el de Propiedad) impone una visión del usuario-consumidor que ignora al usuario-situado y al usuario-expresivo. Las limitaciones prácticas que el precio impone a los individuos pueden socavar valores políticos importantes.

Hasta ahora he hablado de los derechos de autor como sistema porque refleja y debe reflejar una pluralidad de valores. Pero es un sistema en otro sentido también, pues está compuesto por algo más que leyes: incluye a las tecnologías relevantes, o lo que llamo *tecnologías de derechos de autor.*

³⁴ Este es el debate central en el contexto del cuarto factor del Fair Use Estadounidense. Véase, por ejemplo, *Authors Guild v Hathitrust*, No. 12-4547-cv (2nd Cir, junio 2014); *Authors Guild v Google*, 954 F.Supp.2d 282 (Nov 14, 2013, S.D.N.Y.); *Bill Graham Archives v Dorling Kindersley*, 448 F3d 605 (2006).

Cuando hablo de *tecnología de derechos de autor* me refiero a herramientas, instrumentos, máquinas, dispositivos y artefactos; se trate de hardware concreto (como elementos de un ISP, CPU, dispositivos móviles, conexiones, satélites y enrutadores de red) o de software (sistemas operativos, TCP/IP y aplicaciones) que se emplean para influir en el uso, la distribución o la reproducción de contenido protegido por derechos de autor.

Más concretamente, son aquellas que desempeñan un papel en el acomodo y arreglo de los paradigmas de derechos de autor. Por ejemplo, mecanismos tecnológicos de protección (DRM en inglés) que limitan el uso que podemos dar al contenido, tecnologías de vigilancia y supervisión de contenido por intermediarios (como el *deep packet inspection*), así como las plataformas para compartir y publicar contenido como YouTube o el protocolo de BitTorrent, forman parte de un conjunto tecnológico que incide sobre la relación entre estos paradigmas, a veces con relativa independencia del derecho positivo. Esta “intersección de política y tecnología”, en una continua interacción social valorativamente cargada, es lo que llamo *tecnopolítica*.³⁵ Al igual que el derecho de propiedad, la *tecnopolítica* produce sujetos. En el contexto de DRMs, por ejemplo, quien rompe esos candados no es sólo un pirata; es a su vez *hacker*.

4.

Algunos de los espacios —legales y tecnológicos— en que ocurre esta competencia entre paradigmas son conocidos. Menciono algunos para proveer contexto.

Un espacio muy contencioso es el que tiene que ver con la responsabilidad de los intermediarios. Es decir, la posibilidad de hacer responsables a desarrolladores y administradores de tecnologías de derechos de autor, por la potencial infracción de sus clientes y no de la suya directamente.

“La idea de esta estrategia es lograr que estas entidades sientan en su bolsillo presión por el acto potencialmente ilegal de sus clientes y, de esta forma, utilicen sus recursos tecnológicos (así como la oportunidad y superior información que se da en virtud de la relación con sus clientes) para supervisar, castigar o delatar a los usuarios.

...

Pero el riesgo principal con esa estrategia es la probabilidad de sobreprotección y el impacto de esta sobre valores vinculados con la

³⁵ Véase Meléndez Juarbe, *supra* nota 1. Charalambos Tsekeris, *Technopolitics*, en BLACKWELL ENCYCLOPEDIA OF SOCIOLOGY (George Ritzer ed., 2007).

libertad de expresión. En la medida en que los intermediarios y los usuarios tienen intereses divergentes, un intermediario no va a tener necesariamente en cuenta el valor expresivo que goza para el usuario la actividad objeto de reglamentación, sino que, racionalmente, va a maximizar su bienestar, buscando reducir el costo esperado de responsabilidad. El problema, en fin, es que al sopesar los costos privados de la responsabilidad frente a sus beneficios—dentro de la concepción racional que constituye su bienestar—el intermediario no considerará los intereses individuales del usuario (o los intereses sociales de que el usuario realice actividad presumiblemente protegida por la libertad de expresión)”.³⁶

El problema, en fin, es que exponer a intermediarios a responsabilidad por actividad potencialmente expresiva de sus clientes, crea poderosos incentivos para eliminar contenido ante la más mínima provocación. Un sistema de derechos de autor que tome en cuenta a los *paradigmas de Expresión y Uso Personal* evitaría la imposición de regímenes de responsabilidad *objetiva* a entidades como Proveedores de Internet o plataformas que viabilizan la comunicación por terceros, como YouTube o Google. También evitaría regímenes que impongan obligaciones vagas y ambiguas que creen incertidumbre y que, en combinación con el alto costo de litigio y de penalidades, induzcan a los intermediarios a actuar conservadoramente eliminando contenido que, de otro modo, sería legal publicar.³⁷

La respuesta más común es ofrecer a los intermediarios una suerte de inmunidad contra demandas, pero condicionada al cumplimiento con ciertas normas. Las condiciones para ganarse esta inmunidad, sin embargo, pueden ser inaceptables. Un ejemplo problemático de este tipo de estructura es el mecanismo de notificación y retirada o *notice and takedown* de la sección 512 del *Copyright Act* de los Estados Unidos³⁸ (una de sus exportaciones más agresivas, según se refleja en tratados de libre comercio en América Latina³⁹ y que hoy día se intenta incorporar en el Acuerdo

³⁶ Hiram Meléndez Juarbe, *Intermediarios y libertad de expresión: Apuntes para una conversación*, en HACIA UNA INTERNET LIBRE DE CENSURA: PROPUESTAS PARA AMÉRICA LATINA pp. 109, 110-11 (Eduardo Bertoni, 1a ed.,- Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP. 2012).

³⁷ Véase en esta dirección el fallo de la Corte Suprema Argentina en María Belén Rodríguez v. Google, Inc., R 522 XLIX, 28 de octubre de 2014.

³⁸ La Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, 17 U.S.C.A. § 512 (2005 & Supp. 2014), fue aprobada como forma de implementar el WIPO Copyright Treaty de 1996, aunque dicho tratado no requiere esa innovación. Lo que sí contiene es un acuerdo sobre la inmunidad de intermediarios (“Agreed statements concerning Article 8: It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11bis(2).”) La Unión Europea provee un sistema similar en el Artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico, 2000 O.J. (L 178) 1 (E.U.).

³⁹ Claudio Ruiz Gallardo y Juan Carlos Lara Galvéz, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica* en HACIA UNA INTERNET

Estratégico Transpacífico de Asociación Económica).⁴⁰ Aunque hay aspectos del sistema estadounidense que se pueden recomendar, también posee características que gritan reforma precisamente por favorecer el retiro de material casi como un reflejo involuntario tras recibir una notificación privada —aun cuando ella sea de dudosa validez—.

En cambio, en otros sistemas opera un mecanismo de *notice and notice*, que obliga al intermediario a remitir a sus clientes notificaciones emitidas por los usuarios pero no serán responsables por los actos de terceros ni están obligados a retirar el material por la mera presentación de una notificación.⁴¹ En Chile, por su parte, el sistema requiere intervención judicial antes de obligar a un intermediario el retiro de material.⁴² El Artículo 19 del Marco Civil en Brasil incorpora directamente el *paradigma de Expresión* al vislumbrar la responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet (incluyendo en el contexto de derechos de autor) como un problema de censura,

LIBRE DE CENSURA: PROPUESTAS PARA AMÉRICA LATINA, 45 (Eduardo Bertoni Ed., 2012); Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Chile, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (2003), <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text>; Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, REPÚBLICA DOMINICANA Y CENTROAMÉRICA, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (2004), <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>; Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos-Perú, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (2006), <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>; Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (2006), <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>; Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Estados Unidos, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (2007), <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text>.

⁴⁰ Acuerdo estratégico trans-pacífico de asociación económica, WIKILEAKS (26 de oct. de 2014), <https://wikileaks.org/tpp-ip2/>, add. III (Intellectual Property [Rights] Chapter).

⁴¹ Canada Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 47, arts. 41.25, 41.26. Michael Geist, <http://www.michaelgeist.ca/2007/02/notice-and-notice-in-canada/>

⁴² Véanse Ruiz Gallardo, *supra* nota 39, en las págs. 73-81; Ley Núm. 20435, Mayo 5, 2010, DIARIO OFICIAL [D.O.], art. 85 (Chile).

aunque está por verse qué resultará de esto más específicamente.⁴³ Y, desde luego, el reciente fallo de la Corte Suprema Argentina apunta claramente en esta dirección.⁴⁴

Otra instancia importante es la que tiene que ver con las Medidas Tecnológicas de Protección (MTPs) o Digital Rights Management. A partir del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, los Estados firmantes deben proporcionar “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores *en relación con el ejercicio de sus derechos*”.⁴⁵ Es decir, se trata de protecciones legales contra la elusión o *hacking* de tecnologías diseñadas para controlar el uso de las obras en formato digital. Muchas jurisdicciones han dispuesto —sin que ello sea realmente requerido por ese tratado— mecanismos que prohíben el acto de eludir estas tecnologías independientemente de cualquier reclamo subyacente de derechos de autor.⁴⁶ Es decir que, en esas jurisdicciones, constituye una violación el que una persona rompa o eluda medidas tecnológicas de protección —o provea los mecanismos para ello— aun si con ello, quien les elude, no violenta derechos de autor (porque, por ejemplo, el uso constituya *fair use* o la obra esté en el dominio público).⁴⁷ Un sistema con estas características permite el control de todas las facetas de uso de una obra, aun en

⁴³ El texto dice específicamente:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal... Lei Ordinária 12.965 de 23 de abril de 2014, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] de 24.04.2014, art. 19 (Brazil).

⁴⁴ María Belén Rodríguez v. Google, Inc., R 522 XLIX, 28 de octubre de 2014. Es razonable concluir que la violación de derechos de autor es una de esas instancias que levantan “lesiones... de otra naturaleza” que exigen ser deliberadas judicial o administrativamente. *Id.* página 16. Véase, además, Meléndez Juarbe, *supra* nota 36.

⁴⁵ El tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derecho de autor, 12 de abril de 1997, S. Treaty Doc. No. 105-17, establece en su artículo 11: “Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.” Para un análisis véase Michael Geist, *The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties: An Examination of the Anti-Circumvention Requirements en FROM “RADICAL EXTREMISM” TO “BALANCED COPYRIGHT”: CANADIAN COPYRIGHT AND THE DIGITAL AGENDA* (Michael Geist ed., 2010).

⁴⁶ Véase, Julie Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981, 1024 (1996) (“[T]he civil remedies ... are not remedies for copyright infringement, but separate civil penalties tied to the act of “tampering” itself.”)

⁴⁷ Véase, Geist, *supra* nota 45. Véase, además, *Universal Studios v. Corley*, 273 F.3d 429, 459 (2d Cir. 2001).

privado y para fines personales y no comerciales. El usuario situado que interese explorar elementos culturales protegidos de esta manera —aun en la intimidad— sólo lo podrá hacer desde la ilegalidad.⁴⁸ Este acto lo calificaría como *hacker*.

Una alternativa para dar mayor presencia a los paradigmas *de Expresión y de Uso Personal*, sería legislando mecanismos como el *fair use* estadounidense (o que los tribunales lo impongan como cuestión constitucional) que, con todos sus problemas, provee una amplia gama de usos no autorizados para fines de parodia, crítica, educativos y otros. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha sugerido que el *fair use* tiene una dimensión constitucional, por virtud de la garantía a la libertad de expresión de la Primera Enmienda.⁴⁹ En diferentes grados, casi todos los sistemas, tanto civilistas así como en el *common law*, contienen algún cuerpo de limitaciones y excepciones a los derechos de autor; algunas generales, otras detallando usos específicos permitidos a un menor o mayor grado.⁵⁰ Habrá que evaluar estas excepciones en cada sistema a ver cómo queda la alineación de paradigmas de derechos de autor. Estos mecanismos de excepción constituyen uno de los pilares más importantes para hacer valer los derechos de libertad de expresión hoy día, ya que la comunicación y la argumentación se dan no sólo con palabras, sino con los comandos de *cortar, copiar y pegar*.

Canadá, donde los tribunales han expandido recientemente sus disposiciones de *fair dealing*,⁵¹ va más lejos al proveer estatutariamente una excepción específica para el *user-generated content* (pensado para *mashups* y demás prácticas no comerciales en redes sociales), de modo que no constituye una violación publicar de buena fe obras de otras personas para fines no comerciales, siempre que se atribuya la autoría correctamente.⁵² También se proveen excepciones para el uso personal privado⁵³ y

⁴⁸ Exploré algunos elementos de entornos protegidos por MTP en Hiram Meléndez Juarbe, *DRM Interoperability*, 15 B.U. J. Sci. & Tech. L. 181 (2009).

⁴⁹ *Golan v. Holder*, 565 U.S. ___, 132 S.Ct. 873 (2012); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

⁵⁰ PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE*, § 5.5, 293.

⁵¹ *THE COPYRIGHT PENTALOGY: HOW THE SUPREME COURT OF CANADA SHOOK THE FOUNDATIONS OF CANADIAN COPYRIGHT LAW* (Michael Geist ed., 2013).

⁵² El texto estatutario lee como sigue:

- (1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual's authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if
 - (a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes;
 - (b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so;
 - (c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and
 - (d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential

para realizar copias de resguardo.⁵⁴ Asimismo, el Reino Unido recientemente inauguró unas excepciones más limitadas para realizar copias personales no comerciales, para fines de resguardo (incluyendo en la nube) y para cambio de formato. Estas disposiciones permiten que un individuo transfiera su copia a un tercero (sin fines

exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.

(2) The following definitions apply in subsection (1).

“intermediary” means a person or entity who regularly provides space or means for works or other subject-matter to be enjoyed by the public.

“use” means to do anything that by this Act the owner of the copyright has the sole right to do, other than the right to authorize anything. Canada Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 47, art. 29.21.

⁵³ Sobre este tema, el parlamento canadiense aprobó este texto:

(1) It is not an infringement of copyright for an individual to reproduce a work or other subject-matter or any substantial part of a work or other subject-matter if

(a) the copy of the work or other subject-matter from which the reproduction is made is not an infringing copy;

(b) the individual legally obtained the copy of the work or other subject-matter from which the reproduction is made, other than by borrowing it or renting it, and owns or is authorized to use the medium or device on which it is reproduced;

(c) the individual, in order to make the reproduction, did not circumvent, as defined in section 41, a technological protection measure, as defined in that section, or cause one to be circumvented;

(d) the individual does not give the reproduction away; and

(e) the reproduction is used only for private purposes. (2) For the purposes of paragraph (1)(b), a “medium or device” includes digital memory in which a work or subject-matter may be stored for the purpose of allowing the telecommunication of the work or other subject-matter through the Internet or other digital network.

(3) In the case of a work or other subject-matter that is a musical work embodied in a sound recording, a performer’s performance of a musical work embodied in a sound recording or a sound recording in which a musical work or a performer’s performance of a musical work is embodied, subsection (1) does not apply if the reproduction is made onto an audio recording medium as defined in section 79.

(4) Subsection (1) does not apply if the individual gives away, rents or sells the copy of the work or other subject-matter from which the reproduction is made without first destroying all reproductions of that copy that the individual has made under that subsection. *Id.*, art. 29.22

⁵⁴ El artículo de la ley canadiense dice lo siguiente:

(1) It is not an infringement of copyright in a work or other subject-matter for a person who owns — or has a licence to use — a copy of the work or subject-matter (in this section referred to as the “source copy”) to reproduce the source copy if

(a) the person does so solely for backup purposes in case the source copy is lost, damaged or otherwise rendered unusable;

(b) the source copy is not an infringing copy;

(c) the person, in order to make the reproduction, did not circumvent, as defined in section 41, a technological protection measure, as defined in that section, or cause one to be circumvented; and

(d) the person does not give any of the reproductions away.

(2) If the source copy is lost, damaged or otherwise rendered unusable, one of the reproductions made under subsection (1) becomes the source copy.

(3) The person shall immediately destroy all reproductions made under subsection (1) after the person ceases to own, or to have a licence to use, the source copy. *Id.*, art. 29.24.

comerciales) siempre que destruya su copia.⁵⁵ Aun así, este tipo de excepción particular para uso no comercial personal podría ser de muy limitado alcance si no viene acompañada de excepciones generales para contextos variados.

Mercado, Propiedad, Expresión y Uso Personal. En todos estos ejemplos, diversos sistemas de derechos de autor definen la fuerza relativa de cada una de estas visiones de mundo. La pregunta que tenemos sobre la mesa es: ¿cuál es el arreglo que vamos a preferir? Cada país tendrá su propia forma de estructurarlos. Pero de lo que no me cabe duda es que los valores detrás de la *Expresión* y el *Uso Personal* deben, como cuestión normativa y política, ejercer fuerza de gravedad en esta constelación de valores que llamamos un sistema de derechos de autor.

5.

Diego Gómez, un estudiante de doctorado colombiano, subió al Internet una tesis de maestría de otra persona para compartirla con colegas científicos. Como consecuencia, Diego se enfrenta a una posible condena de hasta ocho años de cárcel por hacer lo que hacen todos los científicos que merezcan ser identificados como tal: compartir el conocimiento.⁵⁶

Desconozco si este tipo de situación es común en ese país o en la región. Pero no puede dudarse que un sistema mejor balanceado hubiese impuesto requisitos de Acceso Abierto a la investigación auspiciada con fondos públicos, como se hace en Argentina.⁵⁷ Quizás en ese caso, Diego no hubiese tenido la necesidad de compartir

⁵⁵ Las regulaciones británicas parecen reconocer una "first sale" o agotamiento digital.

(8) Copyright in a work is also infringed if an individual, having made a personal copy of the work, transfers the individual's own copy of the work to another person (otherwise than on a private and temporary basis) and, after that transfer and without the licence of the copyright owner, retains any personal copy. The Copyright and Rights in Performances (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014, SI 2014/2361 (U.K.).

⁵⁶ *Fundación Karisma apoya a Diego Gómez y se suma a la campaña #CompartirNoEsDelito*, FUNDACIÓN KARISMA, http://www.karisma.org.co/compartirnoesdelito/?page_id=209; Alberto J. Cerda Silva, *Derechos humanos y delitos contra la propiedad intelectual*, FUNDACIÓN KARISMA (1 de sep. de 2014), <http://www.karisma.org.co/compartirnoesdelito/?p=333>; Joe Kloc, *Colombian Student Facing Prison for Sharing Research Paper Online*, NEWSWEEK (7 de ago. de 2014 13:00), http://www.newsweek.com/colombian-biology-student-falls-afoul-hollywoods-copyright-laws-263357?piano_t=1; Diego Gómez, *Read My Story (English)*, FUNDACIÓN KARISMA (7 de jul. de 2014), <http://www.karisma.org.co/compartirnoesdelito/?p=256>.

⁵⁷ Véase, Ley Núm. 26899, 13 de noviembre de 2013, [32781] B.O. 3 (Arg.). Esta ley tiene sus propios problemas. Por ejemplo, no queda claro en qué consiste el acceso abierto allí dispuesto (si, por ejemplo, sólo se trata de acceso gratis o si, en cambio, incluye acceso libre); y también crea imprecisión en torno al momento en que se activa la obligación de colocar investigación en repositorios (si es seis meses luego de la aceptación o de la publicación de un artículo- momentos que pueden estar apartados sustancialmente en el tiempo). Además la ley sólo aplica a publicaciones de índole científica o técnica, ignorando la producción intelectual en las ciencias sociales o humanidades, también financiada por el Estado. Véase además, PETER SUBER, OPEN ACCESS (2012),

algo ya disponible a todos. Tal vez un sistema más balanceado reconocería amplias excepciones para el uso personal de obras protegidas por derecho de autor. O, tal vez, facilitaría mecanismos para que el autor objete la distribución de contenido sin que esté en juego la libertad personal ni la libertad de expresión. En todo caso, en el caso de Diego parece haber un desplazamiento absoluto de los *Paradigmas de Expresión y de Uso Personal*, por los de *Mercado y Propiedad*.

El caso de Diego Gómez es, como señala la Fundación Karisma de Colombia, “absurdo”.⁵⁸ Es también trágico, porque independientemente de su resultado, la mera amenaza de privar al individuo de la libertad probablemente tendrá un efecto disuasivo sobre una conducta que contribuye enormemente a un entorno expresivo saludable.

Desde un punto de vista que enfatiza los intereses más amplios de un Estado democrático, este tipo de casos absurdos revela otro tipo de problema. Y es que el poder público debe ejercerse legítimamente. Esta legitimidad depende, entre muchas otras cosas, de que la población cuya libertad es estructurada y limitada por el Derecho conciba a la norma jurídica que le rige como razonable, y no despótica y estúpida. Pero cuando los ciudadanos se enfrentan a un potencial castigo que, con muy buena razón, se piensa es “absurdo”, arbitrario y caprichoso, se amenaza la legitimidad de ese sistema.⁵⁹ ¿Qué vamos a decir de la legitimidad de un estado de derecho que criminaliza prácticas cotidianas y masivamente adoptadas por la población? Estas prácticas emergen del amor por el conocimiento, la búsqueda de la verdad y del poderoso deseo de vivir en una comunidad de seres interrelacionados. La construcción del sujeto como un criminal, un pirata, en casos como éstos parece contraproducente desde esta perspectiva.

En el contexto colombiano, muy valiosos compañeros y compañeras han levantado su voz. Se trata de queridos colegas en toda América Latina y el Caribe, colaborando en una hermosa y revoltosa conspiración para construir una sociedad libre, abierta, democrática y amante de la búsqueda del conocimiento que sea, a su vez, respetuosa de los intereses de los creadores. Al final, está de parte nuestra, la sociedad civil, -con nuestras acciones, demandas y, sobre todo, nuestra palabra-, exigir a nuestros conciudadanos, operadores políticos, tribunales y parlamentos que, cuestionen el tipo de sistema de autor que tenemos. Y, en ese ejercicio, está de parte

disponible

en

https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/content/9780262517638_Open_Access_PDF_Version.pdf

⁵⁸ Fundación Karisma apoya a Diego Gómez y se suma a la campaña #CompartirNoEsDelito, supra nota 56.

⁵⁹ Érika Fontáñez Torres & Hiram Meléndez Juarbe, *Derecho al Derecho: Una Apuesta por la Democratización Radical de lo Jurídico*, 83 REV. JUR. DIGITAL U.P.R. (20 de junio de 2014), <http://www.revistajuridicaupr.org/derecho-al-derecho-una-apuesta-por-la-democratizacion-radical-de-lo-juridico%E2%80%8B/>.

nuestra cuestionarnos en voz alta y en el debate público, ¿qué sistema de derechos de autor queremos?, ¿para qué lo queremos? y ¿qué valores deseamos que refleje?