

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

**VARGAS-CHAVES Iván \***

*Universidad de Salamanca*

Al afirmar que los bienes inmateriales son susceptibles de reproducción ilimitada, damos fe que estos contienen un elevado potencial económico que contribuye al desarrollo técnico, cultural y social, y es por eso que justamente son objeto de protección jurídica específica, empero, esta rama del derecho se ha ampliado con el tiempo para dar cabida a bienes no intelectuales<sup>1</sup>, tutelados por un régimen *sui generis* de derechos conexos ello por razones de política legislativa de incentivación del mercado de la cultura, tecnología e información, pues al ser prestaciones próximas a la labor de creación, han coadyuvado a su subsistencia. Esto viene motivado por una teoría de casta anglosajona denominada “reconocimiento del sudor de la frente”<sup>2</sup>, la cual, estando doctrinalmente vinculada al derecho de autor reconoce

---

\* **Iván Vargas-Chaves:** Abogado de la Universidad del Rosario; Máster con especialidad en Contratos y Responsabilidad Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha; Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca; Candidato a Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Como excepción al concepto de bienes inmateriales, hoy en día dentro de la acepción de bien inmaterial se encuentran obras no creativas, las cuales, si bien no traen consigo un esfuerzo intelectual, si lo trae personal, *v.gr.* las interpretaciones (sujetas a tutela jurídica a través del régimen de derechos conexos); las prestaciones industriales relacionadas con la cultura, información y entretenimiento. Y es que aun cuando éstas no sean creaciones en estricto sentido, el legislador ha entendido la existencia de un esfuerzo económico, de tiempo y/o en trabajo, tal es el caso de las grabaciones musicales, audiovisuales, la producción de videojuego y de multimedia, así como de los encargados de desarrollar bases de datos como guías telefónicas, todo esto último como ampliación del concepto de bien inmaterial. Cabe sin embargo destacar que no todos los ordenamientos jurídicos reconocen esta protección.

<sup>2</sup> En el ámbito comunitario europeo, ya algunas directivas propugnan por una armonización de esta doctrina, como lo es el caso de la Directiva 96/9/CE, que obliga a los países miembros de la Unión a Europea a otorgar protección a bases de datos, producto no de la creatividad sino de un esfuerzo económico. Sobre esta misma

la protección de obras realizadas sin nivel de creatividad, dejando a un lado el presupuesto de creatividad sustancial.

Lo anterior, es fundamento de una fuerte y marcada tendencia proteccionista de los derechos de propiedad intelectual y concretamente de los derechos de autor y derechos conexos en lo que respecta a este nuevo desafío llamado Internet, tema que nos concierne para el desarrollo del presente texto. Y es que la reproducción ilimitada de las creaciones trajo consigo un cambio en el paradigma económico del siglo XVIII<sup>3</sup> -e incluso antes si tomamos como antecedente la invención de la imprenta moderna por Gutenberg-, dándole aquella sociedad (y progresivamente) prevalencia a la riqueza intelectual a través de una protección normativa que generase escasez, se le otorgó a los autores un derecho exclusivo que atendía a un monopolio de uso y a de otro prohibición, lo que se conoce doctrinalmente como *ius utendi e ius prohibendi*<sup>4</sup>.

Desde sus inicios, para otorgar la aludida protección era necesario demostrar la existencia de tal derecho sobre el bien inmaterial o *Corpus Mysticum* plasmando la creación en un soporte o *Corpus Mechanicum*, una calificación que a priori no podría tener una lógica en Internet, y mucho menos en la naciente *Cloud Computing*, y es justamente por

---

órbita de acción, Véase. *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) / No. 89-1909.

<sup>3</sup> Siglo en el cual, los intereses de los autores –y principalmente de los editores- empezaron a tenerse en cuenta y a jugar un rol en la economía de la cultura, siendo pues, el año de 1710 en el cual es expedido en Inglaterra el Estatuto de la Reina Ana, primer antecedente normativo del copyright. En este sentido GOLDSTEIN advierte la existencia de la piratería en esa época, que para ese entonces llevaba a algunas imprentas a producir solo aquellos textos que le generaran rentabilidad- GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información (Traducción de María Luisa Llobregat Hurtado)*. Alicante: Universidad de Alicante. 1999, p. 20

<sup>4</sup> Hoy en día estos dos conceptos se encuentran muy bien desarrollados por la doctrina, prueba de ello son las discusiones generadas ya incluso a nivel comunitario. Cfr. SESSANO Camilo y MARTÍN-SANTOS Sofía "Ius Excludendi vs. Ius Utendi", publicado en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (Número 13) Enero / Febrero de 2010.

ello que hoy aún se busque un re-encuadramiento de los modelos de protección a través de tendencias normativas<sup>5</sup>, que en nuestra consideración, no son lo suficiente eficaces en la regulación de aquellas problemáticas esbozadas por la libre circulación de contenidos, y es, en este sentido que doctrinantes como NIMMER proponen al derecho de autor no como una parte muy importante, sino quizás la más importante de un nuevo derecho que se espera sea capaz de regular las redes digitales y el acceso a dicha información<sup>6</sup>.

No obstante, esta misma corriente doctrinal, en España sostenida por GARROTE, nos presenta la problemática de arranque de un nuevo derecho<sup>7</sup>, quedando relegado el tradicional derecho de autor -desarrollado en sus cimientos para separar aquellos contenidos protegidos del dominio público- en un segundo plano, y que en contemplación de este tratadista “está lastrado para enfocar los nuevos problemas que esboza Internet, porque fue creado usando los conceptos de reproducción y ejecución pública, que no tienen fácil acomodo en un ambiente interactivo como el de las redes informáticas digitales.”<sup>8</sup>, realidad comprensible en parte a una falta de amoldamiento a los nuevos desafíos, planteados si bien no en su totalidad, pero sí en su gran mayoría por la red de redes.

---

<sup>5</sup> Cfr. RABINA Debbie., JOHNSTON Scott. *Recent Trends in EU Information Policy: Toward Greater Transparency in the Information Society*, En: *Copyright Enforcement and the Internet*. Information Law Series (Vol. 21). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 185 y ss.

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

<sup>7</sup> Como propuesta de este autor, sugiere tomar como punto de referencia la forma en cómo se almacena la información, y con ello hacer una diferenciación entre sistemas públicos y privados, permitiendo así controlar el acceso a la información, previniendo de esta forma su difusión y uso, logrando así un ambiente propicio para fijar un nuevo equilibrio entre titulares de derechos de autor y usuarios. Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio *El derecho de autor en internet*. Madrid; Editorial Comares, 2003, p. 93 y ss., quien además es consciente de la diferenciación práctica -y, en nuestra opinión tensión existente- entre tipo de acceso, uso, y daño, esto último en atención al propietario de la información.

<sup>8</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio *El derecho de autor en internet*., Ob cit. p. 94

Cabe también analizar el fin económico en sí de los derechos de autor, una doctrina que tiene su sustento en los pesos y contrapesos adyacentes en los incentivos y el acceso, a este fin, POSNER<sup>9</sup> expresa su preocupación desde el análisis económico de los derechos de autor, puesto que no niega que a la obra le preexistan elevados costos de creación, traducidos en altos costos fijos, proporción que en cambio no está presente en los costos variables, o sea en aquellos incurridos dentro del proceso final de distribución a los consumidores y que a menudo son muy bajos, o por lo menos, reitera POSNER, en relación a los costos variables de creación, v.gr en el caso del software distribuido a través de Internet, en donde el costo variable, y a su vez el costo marginal, están cerca de cero.

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

Desde entonces, esta disposición de corte utilitarista, es fundamento de la normativa del *copyright* por el legislador y, por la jurisprudencia norteamericana, que desde entonces la ha venido aplicando con estabilidad, v.gr uno de los célebres casos lo encontramos en el año de 1932 en *Fox Films vs. Doyal*<sup>10</sup>: en el que ha quedado claro que el interés de los EE.UU. en monopolizar los derechos de explotación, es el acceso a los beneficios generales

---

<sup>9</sup> POSNER Richard. *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*. En: Journal of Economic Perspectives (Vol. 19, No. 2), 2005, p. 58.

<sup>10</sup> *Fox Film Corporation vs. Doyal et al.* 286 U.S. 123 (1932) No.118

obtenidos por el público, producto del esfuerzo recaído en el proceso de creación y/o producción. El *copyright* pasa pues a ser el resultado de una negociación entre autores y la sociedad, por la cual esta última a través de un contrato social, que por momentos nos recuerda a ROSSEAU, le concede a éstos un monopolio limitado para explotar económicamente sus obras en aras de un desarrollo de avanzada. Sin embargo, es claro que Internet ha puesto sus propias reglas de juego e indudablemente ésta ya no es una negociación tradicional entre las partes aquí reseñadas.

### **Referencias**

- *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) / No. 89

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

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

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

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

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

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

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