

ble a las otras ciencias dando nacimiento a dos escuelas fundamentales en el pensamiento jurídico estadounidense: *law and economics* y *Critical legal studies*. Ambas escuelas van a contribuir al declive del análisis tradicional del Derecho, el cual Posner estima “pasado de moda, arcaico y fatigado”, dando paso, a partir de los ochenta, a la “nueva facultad” basada en un análisis interdisciplinario que dejó atrás la dogmática tradicional. Con todo, el modelo pluralista en Estados Unidos no concita la unanimidad y algunas voces se levantan con cierta nostalgia por el estudio dogmático del Derecho.

La confrontación de ambos modelos nos entrega información valiosa para evaluar nuestro propio quehacer académico. Ya sea el modelo francés o el modelo estadounidense, lo que caracteriza ambos es la presencia de una identidad y estilo propio.

Sólo queda señalar que se trata de un espléndido trabajo, su lectura fácil atraviesa la historia de la Doctrina con una impresionante erudición. El descubrimiento paso a paso desde la época del Derecho Romano hasta nuestros días, del surgimiento de la comunidad de opinión de profesores franceses, constituye una travesía útil para entender la influencia de la Doctrina en Francia y como ésta logró erigirse en una verdadera fuente del Derecho.

CARLOS PIZARRO WILSON

LAWRENCE LESSIG, *Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, The Penguin Press, 2004*.

EL CAMBIO EN LAS CONDICIONES

Una idea ya instalada a estas alturas es que las plataformas electrónicas –en especial Internet– reproducen, aunque con otras condiciones, buena parte de los conflictos que las instituciones jurídicas intentan apaciguar. Las plataformas electrónicas, por regla general no introducen nuevos conflictos –una excepción, me parece, son los nombres de dominio–, sino que agudizan algunos de los ya existentes. Dos ejemplos especialmente conspicuos de lo que vengo diciendo son la privacidad y la propiedad intelectual. Internet no inaugura los atentados contra la privacidad, los orígenes de éstos son coetáneos al origen del Derecho, pero modifica las condiciones en que se realizan, facilitándolos. Así, por ejemplo, en el “mundo real” algunas intromisiones a la esfera privada no son posibles simplemente porque el titular del derecho puede advertirlas y, por lo mismo, repelerlas –esto sucederá si el vendedor de una tienda insiste en seguirmos anotando minuciosamente todo aquello que observamos y compramos–. En el ciberespacio dichas intromisiones pasan inadvertidas y, por lo mismo, el titular ya no puede oponerse –el mismo ejemplo de la tien-

* Las citas al texto comentado contienen únicamente la página.

da, pero esta vez virtual y quien nos sigue es un pequeño programa computacional que realiza sigilosamente las mismas funciones del vendedor– (ver LESSIG, L. “La ley del caballo”, en DE LA MAZA GAZMURI IÑIGO (coord.) *Derecho y tecnologías de la información*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, pp. 15-69). El mismo derecho, la misma protección, la misma intromisión y un cambio en las condiciones bajo las cuales se realiza la intromisión.

En el caso de la propiedad intelectual la historia es más o menos la misma. El uso de las creaciones de otros probablemente sea tan antiguo como la humanidad, las violaciones al derecho de autor nacen junto a la protección de la propiedad intelectual. Lo que hace Internet –al igual que en el caso de la privacidad– es alterar las condiciones bajo las cuales se infringe el derecho de autor. Los cambios más evidentes refieren a la reproducción y distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor. Las plataformas digitales permiten la reproducción perfecta de los contenidos y su distribución masiva, ambas cosas a un costo marginal. El caso de la música es elocuente, las canciones contenidas en un CD pueden ser reproducidas sin perder fidelidad respecto del original y distribuidas a escala global sin que esto irroque mayores costos. El caso de Napster ilustra perfectamente lo que vengo diciendo.

¿CÓMO ENFRENTAR LOS CAMBIOS?

En este escenario, la pregunta es “puede –o según algunos *debe*– sobrevivir el derecho de autor en un mundo donde copiar es sencillo y gratuito?” (GOLDSTEIN, P. *Copyrights Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 169). La industria de los contenidos se ha apresurado a responder afirmativamente y ha tomado cartas en el asunto. *Free Culture*, el libro del profesor de la Universidad de Stanford Lawrence Lessig, constituye un intento de evaluar críticamente el escenario actual de la protección de la propiedad intelectual y la relación entre ésta y la producción de nuevos contenidos o, en palabras de su autor, la relación entre la protección de la propiedad intelectual y la forma en que se desarrolla la cultura (p. xiv). La impresión de Lessig es que los cambios en la protección de la propiedad intelectual han determinado el tránsito desde una tradición de la “cultura libre” que protege a los innovadores y creadores a una “cultura del permiso” en la cual los creadores deben obtener la autorización de los poderosos o de otros creadores que los precedieron (p. 30).

ILUSTRACIONES DEL TRÁNSITO

Lessig sostiene que si piratería significa utilizar la propiedad creativa de otros sin su permiso, entonces la historia de la industria de contenidos es una historia de piratería (p. 53). Continúa mostrando cómo la industria cinematográfica, de la música grabada, radiofónica

y de la televisión por cable se beneficiaron ampliamente de esta cultura libre. El denominador común en todas sus historias fue la utilización de propiedad creativa de otros sin su permiso.

Una historia distinta es la de Jesé Jordan, creador de un motor de búsqueda que creaba un índice de todos los archivos disponibles dentro del network del Rensselaer Polytechnic Institute, la institución donde estudiaba. El índice contenía archivos de música protegidos por derechos de autor y esto determinó que la RIAA demandara a Jordan por US \$15.000.000. Para desistirse del caso la RIAA demandó a Jordan US \$ 12.000, sus ahorros del verano. Es cierto que el estudiante podría haber litigado, pero los costos del litigio hubieran ascendido a unos US \$ 250.000 (ver pp. 48-51). Ésa es la cultura del permiso, Jordan hubiera necesitado la aprobación de la RIAA para trabajar en su motor de búsqueda si éste iba a incluir algunos archivos que contuvieran canciones protegidas por derechos de autor.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Elegir una cultura libre o una cultura del permiso tiene que ver con cuáles sean los objetivos que se procuren a través de la propiedad intelectual, tiene que ver, en otras palabras, con la justificación de la propiedad intelectual. ¿Por qué concedemos a los autores un monopolio exclusivo sobre sus creaciones? A trazos gruesos existen dos grupos de teorías que justifican la asignación de este tipo de propiedad, las utilitarias y las no

utilitarias (un magnífico resumen acerca de todo esto puede encontrarse en MENELL, P. "Intellectual Property: General Theories", en *Encyclopedia of Law and Economics*. Disponible en <http://encyclo.findlaw.com/1600book.pdf>, visitado el 12 de abril de 2004). En el primer caso se sostiene que la creación de derechos de propiedad intelectual es un medio adecuado para promover la innovación y, por lo mismo, dichos derechos deben quedar limitados a la creación de incentivos para los autores que promuevan el bienestar social. En el segundo caso, aun cuando se trata de un amplio elenco de justificaciones la mayoría de ellas reposa sobre las ideas de Locke acerca de la conexión entre el trabajo y la propiedad o de Hegel respecto a la relación entre la propiedad y la personalidad. El primer grupo de teorías ha sido el dominante en el caso estadounidense y, el segundo ha predominado en el derecho continental respecto a lo que se ha denominado derecho moral del autor. El caso que ocupa a Lessig es el estadounidense, por lo mismo la justificación es de carácter utilitario: los derechos de autor son valiosos en cuanto crean incentivos para los autores en la creación y distribución de ideas, por lo mismo la propiedad intelectual debe tutelar la existencia de incentivos para producir nuevas ideas, pero, a la vez, debe cuidar que el costo de producirlas no sea excesivamente alto. Considerando que las nuevas ideas se construyen sobre otras más antiguas, a mayor protección sobre los derechos de autor, mayor será el costo de producir nuevas ideas (sobre esto puede consultarse LANDES, W. y POSNER, R., *The Economic Struc-*

ture of Intellectual Property Law, Cambridge, Massachussets, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003).

UNA BALANZA INCLINADA

En opinión de Lessig, en el caso estadounidense, el equilibrio que debe existir entre la creación de incentivos y el “costo” de las ideas no resulta socialmente deseable, inclinándose la balanza excesivamente a favor de los autores y, más directamente a favor de los intereses de las grandes empresas de contenidos. No ha sido, sin embargo, el Derecho el único peso que ha inclinado la balanza, sino, además, la “arquitectura”. A esto, aun, debe sumarse la concentración que se ha producido en el mercado de los contenidos. Pero conviene detenerse por un momento en esta alteración del equilibrio, comenzando por el Derecho. En el caso del derecho de autor, Lessig comienza por la extensión, anotando que en la primera ley de derecho de autor (1790) la duración alcanzaba los catorce años, en 1831 subió a veintiocho y, durante los últimos cuarenta años, el Congreso estadounidense ha aumentado dicha extensión once veces, alcanzando actualmente noventa y cinco años. Respecto al alcance del derecho de autor Lessig advierte que en sus comienzos sólo resultaba aplicable a los mapas, cartas (*charts*) y libros y otorgaba un derecho exclusivo sobre su publicación. Actualmente comprende cualquier trabajo expresivo y no sólo su publicación sino cualquier otro tipo de reproducción o trabajo derivativo. En el caso de la arquitectura los cam-

bios vienen de la mano de las plataformas digitales (Sobre esto puede consultarse, del mismo autor, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 y *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001). Nuevamente, un ejemplo ayudará a entender esto último. La propiedad intelectual permite, en general, al autor de un libro evitar la copia no autorizada de su contenido, no impide, sin embargo, a quien compra el libro leerlo una o diez veces, prestarlo, arrendarlo, regalarlo, utilizarlo para aplastar papeles, etc. Las plataformas electrónicas –en estricto rigor el “código” de los programas que soportan los libros electrónicos– permiten controlar algunos de estos usos, específicamente el número de veces que se lee el libro, su préstamo, arrendamiento, venta. Ahora bien, aun cuando la ley y el código protegen los derechos de autor en forma independiente, nada obsta –y así ha sucedido– que actúen conjuntamente. Así, por ejemplo, la DMCA protege el código que, a su turno, protege la propiedad de los autores, penalizando a quienes interfieran o inutilicen (*circumvent*) este tipo de tecnologías, sea que lo hagan para violar propiedad intelectual o no (para una severa crítica de la DMCA puede consultarse Electronic Frontier Foundation: “Unintended Consequences: Five Years under the DMCA”. Disponible en http://www.eff.org/IP/DMCA/unintended_consequences.pdf., visitado el 12 de mayo de 2004). Dos son hasta el momento las fuerzas que han inclinado la balanza a favor de los titulares de propiedad intelectual, el derecho y el código, actuando en forma separada o conjunta. Se-

gún Lessig esto no sería grave si en las últimas décadas no se hubiere producido una fuerte concentración e integración de las empresas productoras de propiedad intelectual. Sería largo detallar aquí estos procesos, baste señalar que en opinión del senador republicano John McCain “cinco empresas controlan el 85% del mercado de los medios de comunicación” (citado en p. 162).

CUARENTA Y TRES MILLONES DE PIRATAS
EN ESTADOS UNIDOS

La tendencia al momento de enfrentar los cambios en la reproducción y distribución de los contenidos parece ser fortalecer los derechos de autor, equiparando la reproducción no autorizada a infracción del derecho de autor. En opinión de Lessig, este cambio, de una parte, carece de racionalidad económica atendida la justificación del derecho de autor y, de otra, posee severas externalidades negativas para la sociedad. Respecto a lo primero el caso de la distribución de contenidos *peer to peer* ilustrará el punto. La situación de Estados Unidos al 2002 debería ser elocuente respecto de lo segundo.

Peer to peer es una forma de distribución de contenidos digitalizados popularizada masivamente por Napster y más tarde por Kazaa y Morpheus entre otros. La tecnología que soporta *peer to peer* puede utilizarse con diversos objetivos, ya sea como sustituto de la compra de contenido (CD, películas, etc.), para investigar ciertos contenidos que luego serán adquiridos por vías regulares, para acceder a trabajos que ya no

se encuentran disponibles en el mercado o, bien, para acceder a contenidos que no se encuentran protegidos por derechos de autor (p. 69). Desde la óptica de la creación de los incentivos para el autor, únicamente el primer uso produce perjuicios. La pregunta que desliza Lessig es si la protección de los creadores frente a la primera modalidad de uso de la tecnología *peer to peer* justifica sacrificar todas aquellas posibles utilidades en que no lesionando los incentivos de éstos se promueve una distribución más eficiente de propiedad creativa, aumentando el caudal de material sobre el cual generar innovación.

El caso de Estados Unidos agrega un argumento más al momento de considerar la situación. Según el *New York Times*, en mayo de 2002, cuarenta y tres millones de estadounidenses bajaban música utilizando este sistema. Si eso es piratería lisa y llanamente, la normativa que sanciona la conducta convierte automática a un 20% de la población estadounidense en criminales (p. 199). La conclusión de Lessig sobre esto último puede ser formulada de la siguiente forma

“si un sistema distinto puede conseguir los mismos objetivos legítimos a que aspira el sistema de propiedad intelectual vigente, dejando a los consumidores y creadores más libertad entonces tendríamos buenas razones para seguir esta alternativa” (p. 204).

EN BUSCA DEL BALANCE PERDIDO

¿Dónde se encuentra entonces el balance socialmente adecuado entre la crea-

ción de incentivos para los autores y la generación de un amplio caudal de material creativo para trabajar sobre él? Quizá no exista un punto exacto en el cual centrar la balanza. Se trata, después de todo de un asunto estrechamente ligado a la contingencia, específicamente, durante el último tiempo a los cambios tecnológicos. Con todo, Lessig propone cinco coordenadas para el diseño de políticas públicas respecto de la propiedad intelectual. Aquí interesa únicamente examinar tres de ellas (de las dos restantes una refiere exclusivamente al problema de la música y la otra, literalmente, es despedir un montón de abogados). La primera de ellas es exigir mayores formalidades a los titulares de derechos de autor, suprimiendo la práctica vigente en el ámbito continental y *common law* según la cual se reconoce la titularidad de la propiedad del derecho de autor a su creador desde el mismo momento de la creación. Según el profesor de Stanford las razones para eliminar las formalidades –básicamente sus costos– perdieron su relevancia con la irrupción y desarrollo de las plataformas electrónicas. Internet determina que actualmente la inscripción de la propiedad intelectual no constituya una carga económica para los creadores. Una virtud del registro es que disminuiría significativamente los costos de identificar a un autor cuando se quisiera negociar con él el uso de su propiedad intelectual. Una segunda formalidad para mantener la protección en el tiempo es la exigencia de renovar los derechos de autor, aun, cuando el precio de hacerlo sea simbólico –por ejemplo US \$ 1– (ver p. 249). La tercera formalidad es la iden-

tificación (*marking*) de los contenidos protegidos por derechos de autor. En ausencia de esta identificación –sugiere Lessig– debe presumirse la autorización para utilizar el material hasta que el autor demuestre la titularidad de su derecho de propiedad intelectual (p. 290). La segunda coordenada es la disminución del período de duración de la propiedad intelectual a lo estrictamente necesario para que el autor tenga incentivos para crear. Aquí Lessig sugiere un período de setenta y cinco años que exige renovaciones periódicas cada cinco años (p. 292). La tercera coordenada refiere a la extensión de la propiedad intelectual y sobre esto se sugiere que debería revisarse con mayor cautela la situación de los trabajos derivativos, disminuyendo la protección de ellos tanto en términos de tiempo como en términos de alcance (*scope*).

FREE CULTURE

William Landes y Richard Posner han sugerido que una recensión (*review*) constituye frecuentemente un bien sustituto de un libro en la medida que resume las ideas contenidas en el libro revisado (*cit*, p. 117). El objetivo de ésta, sin embargo, ha sido notablemente más modesto: se ha tratado únicamente de presentar algunas de las ideas de *Free Culture* y aconsejar decididamente su lectura. Es cierto que, a ratos, el libro puede resultar sospechosamente seductor y que la incorporación de 35 páginas para explicar cómo perdió Lessig el caso Eldred ante la Corte Suprema estadounidense es francamente exce-

siva, pero se trata de un libro agudo y magníficamente escrito, desprovisto de aquella gravedad chapucera que recurrentemente plaga algunos textos jurídicos latinoamericanos. Al concluir una larga recensión de *Code and Other Laws of Ciberspace* –el primer libro de Lawrence Lessig– el prestigioso profesor de Harvard, Charles Fried aconseja al lector: “lea este libro y después lea todo lo demás que Lessig publique”. Como en otras cosas, aquí Charles Fried lleva la razón, *Free Culture* lo atestigua.

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago, Jurídica, 2003.

El profesor Rodríguez Grez completa con el libro *Responsabilidad contractual* su obra acerca de esta rama fundamental del derecho civil, luego que en 1999 publicara su texto *Responsabilidad extracontractual*. En el libro objeto de esta recensión, el profesor Rodríguez sigue una perspectiva tradicional en el análisis de la responsabilidad contractual, el cual se estructura sobre la base del estudio de los presupuestos o condiciones: existencia de una obligación contractual, inejecución de la conducta comprometida, el factor de imputación, el daño y el vínculo causal.

En el texto aparecen dos ideas ya defendidas por el profesor Rodríguez con anterioridad. La primera es fundar ambos tipos de responsabilidad en la infracción de una obligación típica, ya sea fijada por las partes o las reglas su-

pletorias en materia contractual o, tratándose de responsabilidad aquiliana, en la infracción a la obligación legal de no dañar a otro. La segunda consiste en afirmar la autonomía de ambas ramas de la responsabilidad civil. Ambas ideas, sin embargo, me parecen discutibles y, a continuación, intentaré explicar los motivos de la disidencia.

Respecto a la primera cuestión, para la teoría propuesta todas las obligaciones son de medios, pues siempre se exige un deber de diligencia en el cumplimiento de la prestación (resultado), no pudiendo nunca, en consecuencia, comprometerse el deudor a un resultado con independencia de la diligencia exigida por la voluntad de las partes o la ley. Esto, según el autor, “humaniza el vínculo jurídico”, en cambio, aceptar las obligaciones de resultado, objetiviza el mismo “pudiendo llegarse a excesos inadmisibles” (p. 135). Sorprende esta afirmación categórica del autor, siendo que él mismo ha abogado por un desarrollo de la responsabilidad objetiva tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 34). Con la aceptación de las obligaciones de resultado se llega justamente a ese fin, ya que en caso de incumplimiento el deudor sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando alguna causa extraña, ya sea la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de la víctima o la intervención de un tercero. De ahí que no se comprenda el favor por un sistema de responsabilidad basado en un deber de conducta descartando aquel objetivo, por cierto más favorable al acreedor o la víctima.