

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE AUTOR Y DEL COPYRIGHT, UN ESTUDIO DEL EQUILIBRIO ENTRE LOS INTERESES PÚBLICO Y PRIVADO

ANA MARÍA PÉREZ GÓMEZ TÉTREL*

INTRODUCCIÓN: LA ECONOMÍA APLICADA AL DERECHO

La economía ha cambiado la naturaleza del saber legal,
la comprensión general de las reglas e instituciones jurídicas,
e incluso, de la práctica del derecho.

ROBERT COOTER y THOMAS ULEN¹

El artículo va a desarrollarse a la luz del análisis económico del derecho, un método innovador de análisis de la reglamentación y de las instituciones jurídicas. Su aplicación en el entorno de la propiedad literaria y artística va a centrarse en el análisis del equilibrio económico de intereses que debe existir entre los diferentes actores de la propiedad intelectual. De un lado, el interés privado de la sociedad como consumidor y del otro lado, los intereses privados de los titulares de derechos patrimoniales, a saber, el autor y los industriales de la comunicación.

Es importante tener en cuenta que el análisis económico del derecho y el derecho económico son nociones completamente diferentes.

El análisis económico del derecho es una disciplina científica derivada de la ciencia económica cuyo objeto es analizar las situaciones de derecho, ayudada por los métodos y cuadros conceptuales económicos, en los estadios de la creación, de la puesta en marcha, de los efectos producidos por las normas en la sociedad y

* Abogada en Colombia y en Francia, con maestría en análisis económico del derecho de la Universidad de Utrecht, Holanda. Doctoranda de las universidades de Nantes en Francia y Ludwig-Maximilians-München en Alemania, sobre el análisis económico comparado del derecho de autor y del copyright. Investigadora del Instituto Max Planck por la Propiedad Intelectual, el derecho de la competencia y el derecho fiscal en Munich, Alemania. Docente en propiedad intelectual, específicamente del sistema de copyright. Experiencia como consultora en temas relacionados con la propiedad intelectual y las tecnologías de la información. E-mail: [am@perez.gomez.com].

1. COOTER, R. y ULEN, T. *Law and economics*, 3.ª ed., Addison-Wesley Longman, 2000, p. 2. Trad. Pers.

del rol desempeñado por las instituciones. Con este fin, el análisis económico del derecho se apoya específicamente en la microeconomía² y más recientemente en la teoría de juegos y estrategias³. Así, la finalidad práctica es combinar la búsqueda de la justicia y del óptimo económico, fines perseguidos respectivamente por el derecho y por la economía. A este efecto, esta disciplina analiza y evalúa las leyes existentes, pero participa también en la elaboración de nuevas leyes, en la búsqueda del perfeccionamiento del sistema jurídico y del bienestar social. Estos análisis y evaluaciones son realizados a través de la formulación de hipótesis económicas que simulan condiciones del mercado económico. Su intención es medir la eficiencia de las leyes existentes en un afán de bienestar social. En otros términos, se trata de una confrontación de las hipótesis económicas con la realidad jurídica.

A título de ilustración, el análisis económico del derecho puede ser utilizado como una herramienta eficaz en la observación de los comportamientos de los miembros de la sociedad, respecto a las regulaciones y más específicamente de su cumplimiento. Así, a través de la teoría de precios, la microeconomía considera las sanciones como constitutivas de un precio. A través de la teoría de juegos, es posible desprender hipótesis que integran el comportamiento social potencial en función del nivel de sanción infligida por la ley⁴.

En la economía de mercado, la sociedad responde a las incitaciones dadas por los precios. En este orden de ideas, un consumidor va a estar más inclinado a comprar los productos que son asequibles en relación a su presupuesto, teniendo en consideración que va a abstenerse de elegir el bien más costoso. En efecto, el consumidor podrá, entre otros, comportarse de dos maneras diferentes. En primera medida, él podrá elegir remplazar el bien costoso por un bien más asequible económicamente. En segunda medida, él podrá preferir comprar una cantidad pequeña del bien costoso en vez de remplazarla. Simplificando, él va responder a un precio elevado dado por el mercado competitivo, según su presupuesto, pero generalmente consumiendo menos de este bien costoso. Este efecto es conocido

2. V. en este sentido J. GENEUREUX. *Economie politique, microéconomie*, 4.^e éd., Paris, Hachettes supérieur, 2004, p. 7. "L'analyse microéconomique s'attache principalement à expliquer les comportements individuels et leur interaction. Son niveau d'observation privilégié est celui de l'entreprise et du marché d'un bien ou d'un service particulier. L'analyse microéconomique moderne a amorcé son véritable développement à la fin du XIX^e siècle avec les économistes néoclassiques".

3. Muchas definiciones pueden encontrarse. V. por ej. T. KIRAT, quien define el análisis económico del derecho como una disciplina "qu'applique méthodes et cadres conceptuels à l'étude du droit ou des effets économiques des règles juridiques". T. KIRAT, *Economie du droit*, Paris, La Découverte, Collection Repères, 1999, p. 3. V. igualmente C. ROWLEY. *Public choice and the economic analysis of law*, en Nicholas Mercurio (ed)., *Law and economics*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 125, quien lo define como "[...] the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions". S. HARNAY y A. MARCIANO. *L'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003, p. 7, quienes lo definen como "[...] le domaine d'investigation dans lequel les outils économiques sont utilisés pour appréhender et analyser les phénomènes juridiques".

4. Por ejemplo, utilizando el juego del dilema del prisionero.

como la ley de la demanda⁵, uno de los principios de la economía, según el cual $\Delta P = \Delta Q$ así como $>P = <Q$ y $<P = >Q$ ⁶.

A continuación el mismo razonamiento puede aplicarse respecto al cumplimiento de la ley. Puede remarcarse que si la sanción es severa, el contraventor tendrá menos motivaciones para contravenir la ley. Subsecuentemente, más elevada es la sanción (más elevado es el precio), más reducida será su inclinación para violar la ley (comprar menos bienes costosos). Así, en términos de formulación, Δ sanción = Δ violación, de manera tal que: $>$ sanción = $<$ violación y $<$ sanción = $>$ violación. El ejemplo precedente, pone en evidencia que la aplicación del análisis económico del derecho no se limita a los aspectos estrictamente económicos del derecho, tales como el derecho de la competencia, el derecho fiscal, el control de las empresas y el establecimiento de sanciones monetarias por los daños⁷, pero se aplica igualmente a los ámbitos jurídicos más tradicionales, abriendo un gran espacio de iniciativa. Bajo esta óptica, es posible sacar provecho de esos beneficios en numerosas materias jurídicas, tales como el derecho del medio ambiente, los contratos, la responsabilidad civil extra contractual, el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho de familia y la propiedad, incluyendo la intelectual.

La aplicación del análisis económico del derecho proviene mayoritariamente de los Estados Unidos. En cambio, en los países de derecho civil o continental, y específicamente en Francia y en Colombia, el análisis económico del derecho ha sido poco desarrollado y como consecuencia, los aportes son relativamente limitados. De ahí el interés de extender este análisis al derecho civil o continental. Esta es la razón por la cual la metodología del análisis económico comparado de derecho será empleado.

El análisis económico comparado del derecho tiene por objeto combinar las técnicas y herramientas del derecho comparado y del análisis económico del derecho⁸. Esta relación puede permitir llevar a cabo un estudio más medido, toda vez que un equilibrio es creado entre los métodos utilizados tanto por el derecho, como por la economía. Cada método comporta ventajas e inconvenientes.

5. R. LEROY MILLER y R. MEINERS. *Microeconomía*, C. F. ARANGO CONGOTE y V. M. MAYORGA TORRADO (trads.), Bogotá, McGraw Hill, 1991, p. 25. "La ley de la demanda puede enunciarse, en sus términos más sencillos, de la siguiente manera: Cuanto mayor sea el precio, menor será la cantidad demandada. En la medida en que el precio sea más alto, se demandará una menor cantidad de un bien o servicio, con otros factores constantes. O, visto de otra forma: Cuanto menor sea el precio, mayor será la cantidad demandada. En la medida en que el precio sea más bajo, se demandará una mayor cantidad de un bien o servicio, con otros factores constantes".

6. Δ : cambio en, P: precio y Q: cantidad.

7. R. COOTER y T. ULEN. *Law and economics*, cit., p. 1.

8. U. MATTEI, L. ANTONIOLLI y A. ROSSATO. "Comparative law and economics", B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (eds.), en *Encyclopedia of law and economics*, t. 1, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar, 2000, p. 505: "... this new subject, which is situated at the crossroad of two different scholarly traditions, comparative law and economic analysis of the law. Comparative law and economics combines the instruments and methodologies of both these two disciplines because in this way it is possible to better understand the reasons of existing legal rules and institutions and of their evolution".

De una parte, la economía aporta soluciones basadas en hipótesis. En la realidad no todos los elementos que constituyen las hipótesis pueden ser puestos en práctica. En otras palabras, las hipótesis son construidas con elementos que podrían no tener lugar en la realidad y dicha característica vuelve el análisis económico a veces irreal. Un ejemplo ilustra la afirmación precedente: en su célebre artículo, “The problem of social cost”, RONALD COASE hace una aplicación directa del análisis económico del derecho, empleando una hipótesis irreal, cuando se refiere a los costos de transacción nulos. El teorema de COASE puede ser resumido en los siguientes términos: en una situación en la cual se presentan externalidades, las partes deben encontrar una solución por la vía cooperativa, o por la vía no cooperativa. De esta manera, el problema se presenta en términos de eficiencia, de forma tal, que el derecho es atribuido a la parte que lo aprecia más. Si las negociaciones son fructíferas, la asignación de derechos no es importante para la eficiencia, pero el efecto contrario puede producirse si las negociaciones son infructíferas. En resumen, las negociaciones tendrán lugar solamente cuando los costos de transacción sean nulos⁹. COASE se refiere en este caso a un mundo ideal en el que cualquier actividad desarrollada es óptima y los cambios legales son irrelevantes¹⁰.

Esta hipótesis es a priori válida en teoría pero no encuentra aplicación en la vida práctica, sobretodo en este teorema, porque los costos de transacción equivalen a los costos de comunicación durante la negociación¹¹.

A pesar de esto, el análisis económico del derecho puede constituir un medio funcional de observar el derecho. Así, las herramientas económicas podrán permitir crear modelos eficaces que servirán para medir la eficiencia del sistema jurídico. Además, es posible prever los efectos sociales que siguen a la puesta en marcha de sanciones legales y las reacciones de la sociedad en relación a las reformas legislativas.

De otra parte, el derecho presenta un análisis más real pero menos práctico. El derecho es una disciplina ligada al desarrollo social y como consecuencia está en constante evolución. Esta es la razón por la cual es posible encontrar diferentes sistemas jurídicos. Desde esta perspectiva, la evolución del derecho, se traduce en las diferentes instituciones y mecanismos jurídicos existentes en un momento dado, lo que le permite al análisis económico del derecho reposar sobre bases sólidas.

9. R. COOTER y T. ULEN. *Principles of law and economics*, cit., p. 85: “When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights. When transactions costs are high enough to prevent bargaining, the efficient use of resources will depend upon how property rights are assigned”.

10. GEORGAKOPOULOS, N. *Principles and methods of law and economics*. Basic tools for normative reasoning, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 95.

11. F. LEVEQUE y Y. MENIERE. *The economics of patents and copyright*, Berkley electronic press, 2004, p. 69. “[...] Coase’s Theorem, according to which granting property rights guarantees efficient allocation in the absence of transaction costs. However, since in real life situations these costs must be taken into account, the legal system must be designed to minimize the production and transaction costs stemming from the exploitation of creations”.

En definitiva, el análisis económico comparado del derecho y de la economía, combina de manera dinámica estas dos disciplinas y conlleva a resultados más precisos.

En lo que concierne a la técnica puramente económica, dos elementos serán considerados. En primer lugar, el análisis será basado en la teoría de la motivación con el objeto de llegar a una solución óptima. La reglamentación puede ser considerada como el origen de incentivos que motivan al autor de una obra del espíritu¹² a crear la obra y como fuente de incentivos a los consumidores para respetar los derechos de propiedad sobre la obra.

La protección otorgada a los autores por el derecho, difiere según el sistema de protección. Poco interesa que ambos sistemas persigan la misma finalidad económica. Por esta razón, los diversos sistemas de protección de la propiedad intelectual deben buscar la garantía de una protección susceptible de crear un equilibrio entre los beneficios obtenidos por el autor y la sociedad, de manera tal, que incite tanto al autor a crear obras nuevas y a difundirlas, como a la sociedad a hacer buen uso de ellas. Con el fin de alcanzar este objetivo, la ley debe esforzarse en crear un sistema de protección que maximice el bienestar general tanto del autor, como del consumidor, después de haber deducido los costos sociales de creación de la obra y de la puesta en marcha del régimen de protección al derecho de autor.

En segundo lugar, los análisis positivo y normativo¹³ van a permitir respectivamente, estudiar las situaciones en cuanto tales y crear las hipótesis que explicarán en qué condiciones las soluciones deberían ser eficientes. Bruno Deffains lo define de la siguiente manera: “los análisis positivos describen y explican el derecho como es y no como debería ser. Estos, se focalizan entonces, en los estudios de impacto. En cambio, en los análisis normativos, el derecho es evaluado a la luz de un criterio de eficiencia, lo que explica ciertamente, que este análisis haya generado más controversias¹⁴”.

Es posible deducir que el análisis positivo se inscribe más en el método de razonamiento de los economistas, mientras que el análisis normativo se acerca más del pensamiento de los juristas¹⁵. El análisis positivo está basado en los efectos reales

12. M. CORNU, I. DE LAMBERTERIE, P. SIRINELLI y C. WALLAERT. *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS éditions, 2003, p. 100. El término obra del espíritu designa la “creación intelectual que, expresada de forma original, da lugar al derecho de autor, sin consideración de género, de la forma de expresión, del mérito o de la destinación”. Trad. pers.

13. R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomics*, 5.ª ed., Upper Saddle River, Prentice-Hall, 2001, pp. 6 y 7: “Positive analysis: analysis describing relationships of cause and effect. Normative analysis: Analysis examining questions of what ought to be”.

14. B. DEFFAINS. “Introduction”, en *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, actas del coloquio organizado por el Centre de Recherches et de Documentation Economiques de la Universidad de Nancy 2, el 28 y 29 de junio del 2000, Paris, Cujas, 2002, p. 6. Trad. Pers.

15. F. PARISI. “Positive, normative and functional schools in law and economics”, B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (ed), en *Encyclopedia of law and economics*, tomo I, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 261: “Despite the powerful analytical reach of economics, it was clear from the outset that the economist's competence in the evaluation of legal issues was

que pueden ser medidos con la ayuda de las herramientas económicas, mientras que el análisis normativo está basado en el comportamiento humano y la expectativa social en relación a la ley. La combinación de estos dos análisis, va permitir llegar a un resultado más concreto. En este orden de ideas, se evalúan las leyes existentes y los efectos que las posibles modificaciones podrían acarrear sobre la sociedad, en relación a la eficiencia, a la distribución y al cambio social. Dicho de otra manera, el análisis positivo va permitir evaluar la eficiencia de la ley y el análisis normativo, va permitir crear esta ley¹⁶.

I. ECONOMÍA DE LOS ATRIBUTOS DEL DERECHO DE AUTOR Y DEL COPYRIGHT. EN LA BUSQUEDA DEL EQUILIBRIO

La finalidad de esta primera parte reside en buscar en algunos elementos constitutivos del derecho de autor y del copyright (la naturaleza, los derechos adquiridos y su titularidad), algunos de los componentes que determinarán dónde es posible encontrar un equilibrio entre los intereses privados del autor o de los titulares de derecho y el interés público de la sociedad.

En materia de propiedad intelectual, el análisis económico del derecho ofrece un razonamiento muy diferente a aquel dado por el derecho. Así, los derechos adquiridos por el autor serán estudiados en función del mercado económico. El objetivo de esta parte es responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden ser analizados los dos grandes sistemas de protección de la propiedad intelectual a la luz de la economía, teniendo en cuenta sus divergencias y sus convergencias?

A. NATURALEZA DEL DERECHO DE AUTOR Y DEL COPYRIGHT

El concepto de propiedad ha generado grandes controversias en materia de propiedad intelectual. El problema proviene principalmente de la terminología empleada por el legislador y de su aplicación en la práctica. Muchos son los doctrinantes que han tratado de buscar la solución a este problema. Sobre este punto, A y H. J. LUCAS han escrito: “la cuestión es saber si el término “propiedad”, primero utilizado por su fuerza simbólica, da cuenta de la realidad sobre el plan de la técnica jurídica”¹⁷. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del término propiedad?

limited. While the economist’s perspective could prove crucial for the positive analysis of the efficiency of alternative legal rules and the study of the effects of alternative rules on the distribution of wealth and income, economists generally recognized the limits of their role in providing normative prescriptions for social change or legal reform”.

16. H. KERKMEESTER. *Methodology: general*, B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (ed.), en *Encyclopedia of law and economics*, t. 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 290. “A positive analysis explains the law, predicts its effects and thereby indicates which legal rule as a matter of fact will be efficient. These results of a positive analysis can then be used for normative purposes, such as the prescription of the efficient rule”.

17. A. y H. J. LUCAS. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2006, p. 27.

¿Hace referencia solamente a las prerrogativas que uno puede tener sobre un bien [...]”¹⁸, o es posible prever conferirle una dimensión personalista?

A priori la solución parece evidente. El término propiedad, se aplica a las cosas tal y como lo indica el artículo 699 del Código Civil colombiano “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. En realidad, no sería posible aplicar el concepto previsto por el Código Civil a la propiedad intelectual, por el hecho de que las ideas¹⁹ son bienes inmateriales e intangibles y no cosas. Entonces, ¿cómo aplicar el mismo concepto a cosas intangibles, tales como la expresión de las ideas? La pregunta parece haber sido resuelta desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia, pero en realidad, es una noción que actualmente continúa siendo debatida.

En la concepción tradicional de la propiedad sobre los bienes reales, es posible disponer de la cosa de manera exclusiva y utilizarla solamente a título individual. En términos económicos, esto significa que la cosa es rival y de uso exclusivo. A título de ilustración, si yo soy la propietaria de una manzana y yo me la como, esto impide a cualquier otra persona consumir la misma manzana. Esto explica la característica de rivalidad de un bien real. De la misma manera, el hecho de comer la manzana imposibilita a un tercero de consumirla al mismo tiempo (al menos el mismo trozo de la manzana), lo que explica el uso exclusivo del bien real. Es posible deducir del argumento anterior, que las ideas como bienes que contienen solamente información no tangible, no son rivales y que no es posible excluir su uso. Dicho de otra manera, si la idea en sí misma es única, su uso por varios usuarios no la extingue. Además, la utilización o la distribución excesiva de la idea por varias personas al mismo tiempo, no presenta problemas, cada persona puede utilizarla sin que esto implique una disminución de su valor²⁰. La combinación de los atributos de no rivalidad y de no exclusividad, ubica a las ideas dentro de la categoría de bienes públicos según la economía. Sin embargo, resulta fundamental entender que no se está haciendo referencia a la categoría de bien público o común empleada por el derecho.

Por consiguiente, ¿cómo justificar la utilización del término propiedad en la legislación? Cada gran sistema de protección de la propiedad intelectual ha encontrado una solución diferente. El sistema de derecho civil o continental tiende a justificar la propiedad por medio del derecho natural o del derecho de la personalidad, mientras que el sistema de copyright se basa sobre fundamentos

18. R. GUILLIEN et al. *Termes juridiques*, 10.º ed., Paris, Dalloz, 1995, p. 223.

19. El concepto de idea es tomado de manera abstracta, simplemente como bien inmaterial. Las ideas como tales no pueden ser protegidas por el derecho de autor o por el *copyright*, lo que se protege es su expresión.

20. P. MENELL. “Intellectual property: general theories”, B. BOUCKAERT y G. DE GEEST, (eds.), en *Encyclopedia of law and economics*, t. 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 136 a 141.

económicos y utilitaristas²¹. Así, podría parecer que ambos sistemas basan sus justificaciones sobre posiciones completamente divergentes²². Es sorprendente constatar que ambos sistemas aplican justificaciones divergentes en teoría, pero que en la práctica, ellas convergen. De hecho, incluso si el derecho civil o continental funda su legislación sobre el derecho natural y de la personalidad, en realidad, persigue finalidades económicas en su intención de alcanzar el equilibrio entre el interés privado del autor (y los titulares del derecho de autor) y el interés público de los consumidores.

B. ANALISIS ECONÓMICO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Es posible verificar con gran sorpresa, que la aplicación microeconómica en los dos grandes sistemas es relativamente similar. Así, el análisis va a centrarse en primera medida en las convergencias entre el derecho de autor y el copyright, para focalizarse luego en la divergencia más evidente: el concepto de derecho moral.

En gran número de legislaciones se llega al mismo resultado: garantizar al autor de una obra del espíritu, un derecho exclusivo otorgado por la ley sobre la obra. La siguiente comparación permitirá poner en evidencia esta similitud.

PAÍS	ARTÍCULO
Francia	Article L-111-1 ¹ “L’auteur d’une œuvre de l’esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous”.
Colombia	<p>Artículo 3.º.² Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:</p> <p>A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte.</p> <p>B. De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer.</p> <p>C. De ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta Ley, en defensa de su “derecho moral”, como se estipula en el Capítulo II, Sección Segunda, artículo 30 de esta Ley.</p>

21. R. MERGES, P. MENELL y M. LEMLEY. *Intellectual property in the new technological age*, 3.ª ed., New York, Aspen Publishers, 2006, p. 2.

22. A. STROWEL. *Droit d’auteur et copyright*, cit., p. 175. Strowel hace referencia a ese fenómeno de la siguiente manera: “[...] les deux principaux courants de justification de la propriété (la théorie lockéenne du travail-mérite et la théorie utilitariste de la maximisation du bien-être) [...]”.

Alemania	<p>§ 15³ (1) Der Urheber hat das <i>ausschließliche Recht</i>, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfaßt insbesondere...</p> <p>(2) Der Urheber hat ferner das <i>ausschließliche Recht</i>, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfaßt insbesondere...</p>
Reino Unido	<p>⁴The owner of the copyright in a work of any description has the <i>exclusive right</i> to do the acts specified in chapter II as the acts restricted by the copyright in a work of that description.</p>
Estados Unidos	<p>§ 8⁵. The congress shall have power... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the <i>exclusive right</i> to their respective writings and discoveries.</p>

1. Código de la propiedad intelectual francés. Code de la propriété intellectuelle, partie législative, L. n.º 92-597 del 1.º de julio de 1992.
2. Ley 23 de 1982, sobre derecho de autor.
3. Código alemán de derecho de autor y derechos conexos. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Verwertungsrechte, § 15 Allgemeines, 1965.
4. UK, Copyright, designs and patent act 1988, chapter 48, part I, copyright, chapter I, subsistence, ownership and duration of copyright, section 2, rights subsisting in copyright works, numeral 1.
5. USA Constitution, Article I, section 8.

El mismo análisis puede aplicarse en materia de legislación internacional y comunitaria.

De la comparación precedente, es posible extraer que todos los órdenes jurídicos estudiados hacen referencia a una exclusividad. En términos económicos, esta exclusividad es comparable al monopolio de mercado. Este punto ha sido incluso tratado por los juristas, quienes afirman que el autor goza de un monopolio sobre su obra²³.

De una parte, el autor, en cuanto único propietario de la idea que ha sido materializada y que constituye la obra, ocupa una posición dominante. El autor se encuentra entonces en el centro de un monopolio natural²⁴, en el cual él es el monopolista²⁵ y por consiguiente, él tiene la facultad de fijar el precio que desee por su obra. Él puede entonces imponer un precio. Sin embargo, el monopolio es un

23. A. LUCAS. *Propriété littéraire et artistique*, cit., p. 8. “La loi est discrète sur le champ d’application de la protection. L’article L. 111-1, alinéa 1^{er}, du Code de la Propriété Intellectuelle dit seulement que l’auteur d’une ‘œuvre de l’esprit’ jouit d’un monopole ‘du seul fait de sa création’ [...]”.

24. El monopolio natural no puede considerarse como un monopolio absoluto, toda vez que existen limitantes, tales como: la competencia potencial, la posibilidad de sustituir la obra protegida por otra de la misma especie, la ley de rendimientos decrecientes y la elasticidad de la demanda.

25. G. ABRAHAM-FRIOS. *Introduction à la microéconomie*, Paris, Economica, 2004, p. 186. “[...] le monopole peut être caractérisé comme la situation dans laquelle un producteur unique d’un bien homogène est en présence d’une infinité d’acheteurs”.

elemento que impide el desarrollo de un mercado competitivo perfecto y por esta razón es considerado una falla del mercado. ¿Cómo alcanzar el equilibrio general y resolver esta falla del mercado? La solución podría encontrarse en la teoría de la discriminación de precios.

De otra parte, en lo que respecta a la obra, la situación no es la más fácil. Como fue enunciado anteriormente, los bienes intelectuales son bienes públicos y por consiguiente constituyen también una falla del mercado. Dos condiciones se desprenden de la naturaleza pública del bien: el grado de rivalidad y la posibilidad de excluir su uso. En el caso de bienes intelectuales, estas características son negativas. Primero, la obra no es rival. De la misma manera, su utilización por un consumidor, no excluye su utilización por otro consumidor y el autor se encuentra ante la imposibilidad de excluir un consumidor de la utilización de su obra. Entonces, un mecanismo para resolver estas fallas del mercado puede provenir de la creación artificial de monopolios.

Tal como ha sido tratado anteriormente, las regulaciones de protección a la propiedad intelectual deben crear un equilibrio entre la incitación a la creación y el acceso a la obra. Dos sujetos se encuentran en el centro de la ecuación: el autor y el consumidor. La posición dominante del autor genera motivaciones para crear, permitiendo al autor fijar el precio a un nivel de monopolista y por consiguiente, por encima del precio del mercado competitivo. Existe entonces, un desequilibrio entre las incitaciones dadas al autor y la posibilidad de acceso a las obras por parte del consumidor. En este orden de ideas, el autor tiene la motivación para crear, pero el consumidor debe pagar más por la obra. Tal equilibrio no es fácil de alcanzar, sin embargo, es el punto principal de muchas legislaciones actuales. A título de ejemplo, A. LUCAS hace referencia en su comentario sobre los casos *Théberge* y *CCH Canadianne Limitée c/ Barreau du Haut-Canada*: “[...] la ley sobre el derecho de autor establece ‘un equilibrio entre, de una parte, la promoción, en el interés del público, de la creación y de la difusión de obras artísticas e intelectuales, y de otra parte, la obtención de una justa recompensa para el creador’, y deducir que “cuando son llamados a interpretar la ley sobre el derecho de autor, los tribunales deben esforzarse en mantener un justo equilibrio entre estos dos objetivos”²⁶.

Muchos interrogantes surgen: ¿los derechos de autor son modificados cuando hay una transferencia a título oneroso de los derechos económicos de un explotador? ¿Es posible aplicar en todos los casos la teoría de la primera venta? ¿Cómo se puede medir la influencia de las externalidades positivas y negativas? ¿Es posible afirmar que la aplicación de las teorías del precio y de la discriminación de precios predicen efectos positivos permitiendo alcanzar el equilibrio entre la sociedad y el creador? ¿Cuáles son los costos de producción y de distribución de la obra y qué efectos producen en el mercado, específicamente, en aquello que concierne al consumidor y la pérdida de peso muerto²⁷?

26. A. LUCAS. *Droit d'auteur et droits voisins*, Chroniques de propriété intellectuelle, Revue Propriétés Intellectuelles, abril 2004, n.º 11, p. 630.

27. También denominada pérdida de bienestar o costo de bienestar. Es la reducción

Otro punto que es interesante tratar dentro de la perspectiva económica es el nuevo desafío impuesto por las nuevas tecnologías de la información, tanto a nivel económico como jurídico. En particular, la influencia económica inducida por el pirata y la posibilidad de hacer copias idénticas al original de la obra, constituyendo así en términos económicos, copias perfectas.

C. ANALISIS ECONOMICOS DE LOS DERECHOS MORALES

Los cinco países en los cuales nos interesamos dentro del marco de este estudio han adherido a la Convención de Berna. Esto significa que todos tienen la obligación de garantizar la protección del derecho moral de autor consagrado en su artículo 6bis:

Numeral 1. “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

Sin embargo, a pesar del carácter obligatorio de esta disposición, ciertos países como los Estados Unidos la han adoptado de manera limitada²⁸. Otros estados como Alemania, han creado un derecho que no opera una división significativa entre los derechos patrimoniales y el derecho moral. Así, cada estado tiene una manera particular de tratar el mismo tema. Por consiguiente, el análisis económico del derecho moral puede contribuir a dilucidar los siguientes interrogantes: ¿existe una dimensión económica en los derechos morales? ¿es posible encontrar un vínculo económico entre los derechos patrimoniales y los derechos morales? ¿Cuáles son los elementos económicos que podrán ser desprendidos del análisis de los derechos morales en cada legislación?

En general, la doctrina integra el derecho moral en los derechos de la personalidad²⁹. Sin embargo, tal y como lo resalta A. LUCAS “el derecho moral puede encontrar su lugar en la categoría acogedora de los derechos de la personalidad, pero tal apego, no explica la riqueza de la noción, la cual parecería mejor, si la

del excedente del consumidor y/o del productor debida a la presencia de una distorsión en la economía. R. LEROY MILLER y R. MEINERS. *Microeconomía*, cit., p. 635.

28. F. LEVEQUE y Y. MENIERE. *The economics of patents and copyright*, cit., p. 61. “In the United States, copyright obeys a primarily economic logic, and moral rights are reduced to a minimum”.

29. F. POLLAUD-DULIAN. *Le droit d'auteur*, cit., pp. 372-373. “Les lois révolutionnaires de 1791 et 1793 ne mentionnaient que des droits d'exploitation. Il n'y avait, du reste, à l'époque, aucune consécration légale ou jurisprudentielle d'une forme quelconque de droits de la personnalité”. Citando a ESCARRA, RAULT y HEPP: “Dans la conception française du droit d'auteur, le droit moral occupe une position centrale, qui est d'ailleurs liée à la prééminence du droit du créateur et au critère de originalité, conçu comme l'empreinte d'une personnalité unique dans une œuvre unique”.

perspectiva se desplaza hacia los derechos patrimoniales del autor”³⁰. Agrega además que, “[...] el derecho moral es a veces ejercido en la práctica con fines patrimoniales”³¹. Igualmente, parece evidente que el derecho moral tiene una connotación económica.

Por ejemplo, en derecho francés, el derecho moral comporta cuatro atributos: el derecho de divulgación, el derecho de arrepentirse o de retracto, el derecho de paternidad y el derecho al respeto de la obra³². En relación a estos derechos, dos elementos pueden ser estudiados: las incitaciones a crear conferidas por la ley y el valor de la obra.

De una parte, la protección del derecho moral genera motivaciones al autor para crear. En efecto, gracias a esta protección, un tercero (el consumidor) no puede modificar a su antojo las obras protegidas por el derecho de autor. Además, gracias a la reivindicación de la paternidad sobre la obra, un tercero no puede hacer suya una obra que ya está protegida por el derecho de autor e intentar publicarla.

De otra parte, el conjunto de derechos que constituyen el derecho moral tienen una importancia económica, en lo que se refiere al valor global de la obra³³. De esta manera, si el derecho de autor es bien de naturaleza personalista, puede igualmente ser visto a la luz de la economía. Específicamente en referencia al valor económico que el autor en tanto que persona aporta a la obra. Dicho de otra manera, la reputación del autor es un factor determinante del éxito económico. Así, si el autor es reputado, sus obras tendrán un mayor valor monetario y en consecuencia, obtendrá mayores beneficios económicos. Igualmente, en caso de cesión de los derechos patrimoniales, la reputación del autor tendrá una incidencia significativa sobre el valor total de su obra y en consecuencia, sobre la riqueza de los titulares de sus derechos patrimoniales. En este orden de ideas, una violación a los derechos morales tendrá una influencia negativa sobre el valor global de sus obras.

Otro aspecto es cuando el autor causa perjuicios a los explotadores en el ejercicio del derecho de retracto, de retiro y de divulgación. Por ejemplo, en el momento de la preparación, de la edición y de la impresión de una obra escrita, el autor puede ser forzado a ejecutar su trabajo bajo el respeto de un término determinado. Un retardo en la ejecución de esta obligación puede crear perjuicios al editor, evaluables en términos económicos. Igual sucede en el caso en que el autor decide retirar su obra del mercado, cuando ésta está en transcurso de ser comercializada.

D. LA DURACIÓN

Un segundo problema se sitúa en el terreno de la duración de la protección³⁴. La

30. A. et H. J. LUCAS. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 303.

31. *Ibid.*, p. 306.

32. A. LUCAS. *Propriété littéraire et artistique*, cit., pp. 60 à 74.

33. X. GREFFE. *Economie de la propriété artistique*, Paris, Economica, 2005, p. 46.

34. W. LANDES y R. POSNER. *Indefinitely renewable copyright*, Chicago, John M. Olin Law and economics Working Paper n.º 154, The University of Chicago, 2002.

Convención de Berna estipula en su artículo 7.º, un término de duración mínima de protección, que los estados parte deben adoptar en sus legislaciones.

Artículo 7. 1. “La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”.

De acuerdo a esta disposición de la Convención de Berna, todos los estados que han adherido deben conferir una protección limitada en el tiempo. Como consecuencia, el derecho exclusivo sobre la obra de espíritu, otorgado por las diversas legislaciones estudiadas confieren a ese derecho un periodo definido para su gozo. La Convención de Berna determina un límite mínimo que debe ser acatado por todos los estados miembros. Sin embargo la Convención deja abierta la posibilidad a cada estado, de extender la duración teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por el derecho comunitario. En resumen, en todos los casos, el monopolio poseído por el autor es temporal. Así, la duración es un elemento determinante del análisis económico del derecho en el proceso de resolución del problema del desequilibrio entre el interés público y el interés de los titulares de derecho.

Las legislaciones convergen en lo que se refiere al carácter temporal de la protección otorgada. Siguiendo la teoría de los incentivos, al autor va a estar más motivado si obtiene una protección más prolongada de su obra³⁵. Sin embargo hay muchas preguntas que pueden presentarse: ¿Por qué otorgar un derecho temporal y no perpetuo o indefinidamente renovable? ¿La protección otorgada por la propiedad intelectual debe ser temporal para ser eficaz? ¿Cuál puede ser la duración óptima? ¿Existe una justificación a la extensión de los derechos patrimoniales y morales post mortem?

E. LOS TITULARES DE DERECHOS

Tradicionalmente, dos partes han sido integradas dentro de la ecuación de los actores de la propiedad intelectual: el autor (creador) y el consumidor. Sin embargo, un tercer actor debe ser incluido en esta ecuación: se trata del explotador, cuya presencia se ha vuelto indispensable en el ámbito tecnológico actual.

El Internet ha conmocionado la manera de comunicar y de distribuir las informaciones al público, comprendiendo las creaciones intelectuales. Para el autor, representa en primer lugar, un nuevo canal de distribución de sus obras a un costo marginal casi nulo. En segundo lugar, es un medio que le permite vender sus creaciones intelectuales varias veces³⁶. Este escenario a priori ventajoso para el autor presenta algunas desventajas. De una parte, el autor se encuentra en la posición de empresario, debiendo negociar individualmente con cada consumidor,

35. Ver en relación a este tema W. LANDES y R. POSNER. *Indefinitely renewable copyright*, Chicago Law Press, John M. Olin law and economics working paper n.º 154, 2002.

36. En contraste con la teoría de la primera venta, menos rentable para el autor.

lo que genera un aumento en los costos transaccionales de negociación de licencias. Igualmente las partes en la licencia contratan bajo incertidumbre lo que genera varios riesgos³⁷.

De otra parte, la intervención del pirata produce efectos muy negativos en la economía del autor. El pirata se apropia de las obras del espíritu digitales, sin pagar los derechos de autor o los royalties³⁸. De esta manera, el autor debe equiparse con sistemas de protección tecnológica para proteger sus obras de la piratería. Estos sistemas son costosos, y por consiguiente, es muy difícil auto protegerse. La solución es transferir al explotador el riesgo de producción y de distribución de la obra y los costos de la puesta en marcha de la protección tecnológica. Este desplazamiento del riesgo, implica el regreso a la teoría de la primera venta, desplazando de nuevo al autor a una situación desventajosa que lo conlleva a beneficiarse muy poco de su obra³⁹. Esta es la razón por la cual es posible afirmar que la ecuación de los actores de la propiedad intelectual debe ser extendida a tres e incluir al explotador como uno de ellos.

Otro aspecto en el cual la titularidad ocupa un rol importante es el relativo a la calidad de autor. Según la concepción personalista del derecho de autor⁴⁰, el autor debe ser una persona física, mientras que según la doctrina del copyright, no es necesario que el autor sea una persona física. De esta manera, el autor puede ser una persona moral, según la doctrina de *Works made for hire*⁴¹. Sin embargo, según la concepción francesa, las obras colectivas pueden producir efectos casi similares a los de *works made for hire*⁴². En el marco del análisis económico comparado del

37. Cfr. en detalle A. M. PEREZ GOMEZ TETREL. *Efficient allocation of risk as an economic function of collecting societies*. Ponencia presentada en la conferencia anual de la Society for Economic Research on Copyright Issues, Berlin, julio 12 y 13 de 2007. Disponible en [www.serci.org] (consultado el 9 de julio de 2007).

38. Regalías.

39. B. HUGENHOLTZ. *The great copyright robbery*, Conferencia de la Universidad de New York, Facultad de derecho, A free information ecology in a digital environment, Marzo 31 a Abril 2, 2000. Disponible en [www.ivir.nl/publications/hughenoltz/PBH-Ecology.doc] (consultado el 15 de enero, 2005). A este respecto, HUGENHOLTZ afirma que “it is one of the ironies of the Internet, that now ‘publishing without publishers’ is finally becoming a reality, authors are forced to assign their rights to publishers and other producers on an unprecedented scale. In the digital era, author’s rights have become the authors’ only by name. The producers have run away with the rights, as in the early days of copyright”.

40. La exigencia del derecho de autor de requerir la calidad de autor a una persona física, revela su carácter naturalista y personalista.

41. A. Strowel. *Droit d’auteur et copyright*, cit., p. 22. “[...] selon le principe du droit d’auteur, seul l’auteur, au sens de créateur, peut être le titulaire originaire du droit. [...] La conception du *copyright*, et plus particulièrement la doctrine américaine des *works made for hire*, ne répugne pas à investir l’employeur des droits sur l’œuvre, et ce, à titre originaire, peu importe qu’il s’agisse d’une personne morale ou non”.

42. 17 U.S.C. § 101A “work made for hire” is —(1) a work prepared by an employee within the scope of his or her employment; or (2) a work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire. For the purpose of the foregoing sentence, a “supplementary work”

derecho de autor, es muy importante analizar las diferentes formas de cesión de los derechos patrimoniales fruto de una relación de subordinación, tales como: las obras creadas por los asalariados, los funcionarios públicos o las obras creadas por varios autores (obra colectiva).

En términos económicos, la transmisión de derechos patrimoniales en este caso es muy importante, porque implica un cambio en los costos transaccionales. Si se trata de un contrato de trabajo, podría preguntarse si este contrato implica una cesión tácita de los derechos patrimoniales a favor del empleador. ¿Cuáles son entonces los derechos de los que dispone el creador asalariado y cómo puede ejercerlos? ¿Cuáles son las condiciones de negociación de los derechos? Todas estas preguntas, a priori simplistas, pueden tener implicaciones económicas que pueden cambiar la situación del autor.

En este mismo orden de ideas, ¿Qué efectos producen estas cesiones de derechos patrimoniales sobre los derechos morales? ¿Es igualmente posible ceder los derechos morales? Según la doctrina del copyright, en Estados Unidos, como ha sido anteriormente citado, es el Visual Arts Rights Act el que confiere los derechos morales. Entonces, es esta ley la que debe aplicarse a las obras que se desprenden de la doctrina de los *Works made for hire*. Sin embargo, esta ley no se aplica a las personas morales⁴³. Por su parte, la doctrina del derecho de autor es menos clara. Resulta curioso, pero a pesar de que el legislador francés ha calificado los derechos extrapatrimoniales como inalienables, en el ordenamiento francés es posible hacer algunas concesiones y negociar de manera limitada la cesión de una parte de los derechos morales.

II. ANALISIS ECONÓMICO DE ALGUNOS PROBLEMAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. AL ENCUENTRO DEL EQUILIBRIO

La segunda parte del artículo tiene como objetivo indagar aquellos elementos en los que puede demostrarse que el equilibrio que debe existir entre los titulares de derecho y la sociedad se encuentra en entredicho. Tales elementos son la utilización inapropiada de la copia privada y el incumplimiento de la ley. Este análisis abre el escenario para la construcción de un modelo que permita reestablecer este equilibrio en la transmisión de obras por Internet, sin embargo este modelo formará parte de un segundo artículo.

is a work prepared for publication as a secondary adjunct to a work by another author for the purpose of introducing, concluding, illustrating, explaining, revising, commenting upon, or assisting in the use of the other work, such as forewords, afterwords, pictorial illustrations, maps, charts, tables, editorial notes, musical arrangements, answer material for tests, bibliographies, appendixes, and indexes, and an "instructional text" is a literary, pictorial, or graphic work prepared for publication and with the purpose of use in systematic instructional activities.

43. W. LANDES y R. POSNER. *The economic structure of intellectual property law*, Boston, Harvard University Press, 2003, p. 271. "Nor does VARA create any rights in works made for hire – works prepared by an employee within the scope of his employment". Citando el 17 U.S.C. § 101.

A. ACCESO A LA INFORMACIÓN

¿Cómo alcanzar el equilibrio entre los derechos conferidos a los autores y los derechos otorgados a la sociedad? Para resolver este interrogante, el acceso a la información se convierte en un sujeto de estudio esencial, toda vez que se encuentra en el centro de este equilibrio. Como fue citado anteriormente, la reglamentación que protege las obras del espíritu debe conferir incentivos al autor para crear obras intelectuales, con el fin de enriquecer la cultura disponible a la que tiene acceso la sociedad. Pero, para hacer viables estas incitaciones a crear, el legislador debe también limitar el acceso confiriendo un derecho de propiedad temporal sobre las obras creadas. Así, las diversas reglamentaciones de la propiedad intelectual crean limitaciones al acceso de las obras, que constituyen igualmente incentivos para crear⁴⁴. Sin embargo, en la búsqueda de este equilibrio, la ley también debe permitir un cierto acceso a la información. Esta es la razón por la cual las excepciones al derecho de autor, el fair use y el faire dealing han sido creadas.

En el ambiente físico, estas excepciones son más fáciles de controlar, mientras que en el Internet, a pesar del desarrollo tecnológico su control es casi imposible. Muchos problemas se presentan. Las características específicas de las obras del espíritu digitales, difieren considerablemente de las características propias de las obras físicas, así, en el Internet, es posible comprimir las obras intelectuales en formatos apropiados, que reducen su talla en bits, sin dañar su calidad. En definitiva, el concepto de copia ha cambiado completamente, porque gracias a Internet es posible hacer copias idénticas al original, toda vez que en términos de calidad y contenido, son copias perfectas⁴⁵. Económicamente, estas copias perfectas constituyen problemas serios para el autor, quien no se beneficia económicamente de su obra. La sociedad saca provecho de la acción del pirata, quien distribuye las obras intelectuales a un costo marginal casi nulo, produciendo una reducción en la pérdida de peso muerto.

En segundo lugar, el desarrollo tecnológico ha avanzado de manera muy acelerada, dejando al desarrollo jurídico completamente rezagado. Tanto el derecho de autor como el copyright, están siendo confrontados al desafío de encontrar una solución al problema de la piratería de las obras intelectuales protegidas en el Internet, existiendo un vacío jurídico.

La tecnología, que ha originado este caos, viene a socorrer al derecho, para ayudar a subsanar el vacío jurídico y evitar la piratería, a través de los sistemas de gestión de protección digital – DRMS. Este sistema de gestión combina las medidas técnicas con los contratos privados. Las medidas técnicas apuntan a proteger la obra intelectual de utilidades no autorizadas y a permitir la transmisión de “[...] contenidos en un modo seguro que administra la utilización de la obra y las

44. V. en este sentido J. COHEN. *Copyright and the perfect curve*, 53. Vand. L. Rev. n.º 1799, 2000.

45. En términos económicos, estas copias perfectas equivalen a bienes perfectos.

posibilidades de su reproducción o de su comunicación a terceros”⁴⁶. Como fue explicado anteriormente, el riesgo de protección tecnológica es soportado por los explotadores. Gracias a la tecnología, los explotadores han desarrollado diversos modelos de distribución de obras del espíritu digitales, creando un sistema de discriminación de precios. El derecho de uso de la obra intelectual se vuelve así exclusivo, lo que conlleva a eliminar una de las características de los bienes públicos. Igualmente, los explotadores han incluido medidas tecnológicas en sus obras para, por ejemplo, evitar la proliferación de copias ilícitas y determinar su origen⁴⁷. La aplicación de estas medidas tecnológicas pone al derecho entre paréntesis, toda vez que estas medidas impiden al consumidor ejercer el “derecho”⁴⁸ a la copia privada.

Los contratos privados, conocidos como acuerdos *shrink wrap* y *click wrap* tienen por finalidad establecer las condiciones de concesión de licencias. El problema que presentan estos contratos privados es que a veces violan los derechos de los consumidores.

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos de puesta en marcha de la tecnología, el problema de la piratería no ha sido resuelto. Una solución posible puede ser la administración de derechos patrimoniales a través de sociedades especializadas: las sociedades de gestión colectiva de derechos. Dentro del marco de dichas sociedades, el autor podrá tener una posición sólida de negociación en la cadena de producción y así simplificar los costos transaccionales⁴⁹ y eliminar los riesgos derivados de la administración individual de los derechos protegidos⁵⁰. Esta que podría ser considerada una solución aceptable, no es una solución perfecta, porque un monopolio natural es creado. Una solución alternativa para evitar la creación de este monopolio natural es la creación de una plataforma de sociedades de gestión colectiva, que actúen a manera de federación a nivel internacional. Esta plataforma debe tener la representatividad exclusiva a nivel internacional de las

46. S. DUSOLIER. *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, cit., p. 12.

47. G. KESSLER. “Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite”, artículo sobre el comercio electrónico, *Recueil Dalloz*, n.º 36/7221^e, 2005, p. 2527. “Nombreuses sont les mesures techniques mises en place pour protéger les œuvres de l'esprit dans l'entourage numérique, telles que des mesures d'identification, permettant de pister les adeptes du ‘peer to peer’, ainsi que des dispositifs anticopie, destinés à empêcher la mise en ligne des œuvres protégées [...]”.

48. Es posible interrogarse sobre la naturaleza de la copia privada, particularmente sobre el punto de si se trata de un derecho o simplemente de un interés. En este punto ver los diversos artículos de Ch. Geiger, M. Vivant y P. Torremans.

49. X. GREFFE. *Economie de la propriété artistique*, cit., p. 99. “Les détenteurs ont alors deux possibilités: céder leurs droits définitivement à un exploitant possible, ou en confier la gestion à un organisme qui se spécialisera dans la récupération des droits auprès de la totalité des utilisateurs possibles. À l'inverse, les utilisateurs peuvent avoir intérêt à entrer dans des systèmes de détermination automatiques et même collectifs en procédant par exemple à l'achat groupé de droits d'usage, ce qui serait impossible face à une multitude de détenteurs mais réaliste si ceux-ci ont des représentants communs”.

50. A. M. PEREZ GOMEZ TETREL. *Efficient allocation of risk as an economic function of collecting societies*, cit.

obras diseminadas a través del Internet y debe ser el vocero de las sociedades de gestión colectiva nacionales, a las cuales pueda integrarse voluntariamente el autor. El desarrollo de este modelo hará parte de un segundo artículo.

B. CUMPLIMIENTO DE LA LEY

El tema del cumplimiento de la ley puede ser examinado a la luz de dos situaciones: la reglamentación derivada del Estado y la autonomía de la voluntad, a través de los contratos (auto-reglamentación, en el sentido en que por medio de un contrato las partes pueden acordar sanciones pecuniarias más allá de lo que está previsto en la ley, así como establecer las condiciones específicas de su relación).

Como fue explicado anteriormente, las reglamentaciones deben generar motivaciones al autor para crear las obras del espíritu y desmotivar al consumidor a violar los derechos de autor. Así, el legislador debe asegurar la protección de las obras e imponer un sistema de sanciones severo. Haciendo uso del juego del dilema del prisionero es posible llegar a la conclusión de que el pirata va a intentar respetar la ley, en el caso en que la sanción sea severa y la coerción de su observancia sea efectiva. Así, a corto plazo, tal como lo estamos evidenciando en el presente, la implementación de medidas tecnológicas de autoprotección y los contratos privados, son el mejor medio para proteger al autor. Sin embargo, para corregir los problemas a los que la sociedad de la información se está enfrentando, es necesario prever en el mediano y largo plazo, la constitución de una plataforma de sociedades de gestión colectiva con representación internacional de todas las obras diseminadas por Internet. Dicho modelo requiere la implementación de una legislación supranacional que se encargue de: homogeneizar las diferentes definiciones del derecho de autor y de su protección; imponer límites a los excesos de la autonomía de la voluntad en materia digital; establecer un límite mínimo de sanción, en caso de violación de los derechos; determinar el funcionamiento de la plataforma a nivel internacional y especificar cuáles son los requisitos que las sociedades de gestión colectiva nacionales deben cumplir para integrar la plataforma.

En la actualidad, el abuso de la concepción de la copia privada se ha acentuado en el contexto de Internet. En efecto, la posibilidad de desmaterializar las obras del espíritu ha vuelto su apropiación más fácil, al ser distribuidas por Internet. Por consiguiente, esta apropiación produce una pérdida de peso muerto a los titulares de derechos⁵¹. Pero, un problema más grave se presenta en relación al cumplimiento de la ley. En razón de su carácter abierto y de la inexistencia de fronteras, detectar y disuadir la piratería es una tarea muy difícil de llevar a cabo. Además, las medidas

51. W. LANDES y R. POSNER. *The economic structure of intellectual property law*, cit. En el Internet, la información puede ser copiada y distribuida a costos muy bajos y de manera muy rápida. En este punto, Landes y Posner consideran que los “computer files (and digital files more broadly) can generally be quickly, inexpensively, and accurately copied and the copies disseminated both cheaply –sometimes indeed at zero cost– and virtually instantaneously”.

de represión actualmente utilizadas, no son eficaces en la disuasión de la piratería⁵². Así, es casi imposible hacer respetar la ley en el ambiente digital. La aplicación de ciertas medidas económicas podría ser evaluada: la imposición de un impuesto sobre Internet, la aplicación del sistema de rentas fijas, la puesta a disposición gratuita de las obras, la imposición de multas y penas, la subvención otorgada a los consumidores honestos, etc.

En el proceso de creación de la ley, el legislador debe tomar en cuenta los costos: de cumplimiento de la ley (coerción), de la administración del sistema y los transaccionales de negociación con los grupos de presión, entre otros. Igualmente, una vez que la ley esté en vigor, el gobierno debe controlar la puesta en marcha de la reglamentación y asegurar su observancia, incluyendo los costos de vigilancia y de persecución de los infractores. En definitiva, una solución socialmente equilibrada debe considerar el costo de poner en una balanza, una legislación que aporte motivaciones al autor para crear, menos el costo de limitación del acceso a las obras del espíritu y el cumplimiento de la ley.

Con el objetivo de alcanzar este sistema eficaz de respeto de la ley, es indispensable que se apliquen sanciones elevadas. Las sanciones severas van a desmotivar al pirata a dedicarse a actividades de piratería.

Según las estadísticas, una gran cantidad de piratas del Internet son menores de edad. Desafortunadamente, la información sobre las implicaciones jurídicas de la violación de la ley no es muy clara para ellos. Así, estamos en presencia de un mercado con informaciones asimétricas. Por consiguiente, es igualmente necesario informar al consumidor sobre los efectos jurídicos de la violación de los derechos de propiedad intelectual, con el objetivo de prevenir la piratería. En este orden de ideas, el pirata podrá medir la probabilidad de ser detectado y aprehendido, Igualmente podrá calcular la pérdida potencial por el hecho de la sanción en términos monetarios e incluso de libertad. Subsecuentemente, con los elementos descritos, el pirata podrá hacer un análisis de costos y beneficios y determinar si los beneficios son superiores a los costos para así tomar la decisión de delinquir o no.

En definitiva, el sistema podrá desanimar a los consumidores a traspasar la ley, si ellos están bien informados sobre los efectos y las sanciones en caso de que éstas sean severas.

CONCLUSIÓN

En conclusión, el derecho se encuentra un paso atrás de la realidad tecnológica

52. G. KESSLER. *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite*, cit, p. 2527. Del hecho que la ley no se ha mostrado lo suficientemente eficaz para disuadir a los piratas, los titulares de derechos, particularmente, los explotadores, han debido recurrir a la tecnología para proteger las obras de la copia ilícita. Así, según KESSLER, “le développement exponentiel de la pratique du téléchargement illicite d’œuvres musicales ou cinématographiques ne pouvant être enrayeré par les rares actions en contrefaçon engagées au cours des dernières années, les éditeurs ont été conduits à trouver de nouveaux moyens de lutte en utilisant les ressources offertes par la technologie”.

y por lo tanto la protección actual es incapaz de establecer un equilibrio en las relaciones entre el creador (autor) y la sociedad (consumidor). A través del análisis económico del derecho se puede verificar que este equilibrio ha sido puesto en entredicho por las industrias de la comunicación y la acción del pirata.

Se torna indispensable volver a pensar (repensar) el derecho y así crear un nuevo sistema de protección a la propiedad intelectual que maximice el bienestar general, tanto del autor, como del consumidor, después de haber deducido los costos sociales de creación de la obra y de implementación del régimen de protección al autor.

El análisis económico permite abordar el tema, con una visión diferente a la del derecho. Así, el derecho exclusivo legalmente conferido sobre la obra al autor, se traduce en términos económicos en un monopolio natural, constituido por bienes públicos (no rivales y de uso no exclusivo) que constituyen una falla del mercado. Dicha falla es resuelta a través del sistema de discriminación de precios. Como consecuencia los réditos del autor aumentan y la pérdida de peso muerto para la sociedad disminuye. Ahora bien, en el entorno digital, dicho equilibrio se encuentra afectado, a causa de la acción del pirata quien tiene acceso a la obra a un costo marginal casi nulo. Como consecuencia, los industriales de la comunicación, quienes son en la mayoría de los casos los titulares de los derechos patrimoniales, se han visto en la obligación de establecer mecanismos de auto-protección. Dicha protección tecnológica va más allá de lo previsto por la ley y por lo tanto, en algunos casos, los derechos del consumidor son vulnerados. La auto-protección de los industriales de la comunicación está estableciendo un nuevo paradigma, por esta razón deben ser incluidos como uno de los actores principales dentro del marco de la protección. Su inclusión como actor de la propiedad intelectual es indispensable para que los intereses de las diversas partes (autores, sociedad, industriales de la comunicación) se vean protegidos. Una visión económica sobre el derecho de autor es fundamental para lograr un verdadero cambio en la protección legal, así, los aspectos económicos del derecho de autor deben estar en el centro de la discusión, independientemente de si se están tratando aspectos típicamente personalistas.

Hoy por hoy, estamos ante una encrucijada, toda vez que, la vertiginosa evolución del Internet ha puesto las reglamentaciones en jaque. Esperemos que este conflicto, no termine en un jaque mate.