

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOCTRINA DEL *FAIR USE*

Philosophical Foundations of the Fair Use Doctrine

Facundo Rojo

*If you believe in transforming,
you can have someone imitating
you and using your spirit, as the
spirit moves from body to body.*

Lee “Scratch” Perry¹

Resumen

El artículo analiza en qué medida la doctrina del *fair use* es consistente con tres de las principales justificaciones de la propiedad intelectual (la hegeliana, la lockeana y la utilitarista), para evaluar en qué medida puede decirse que es una doctrina justa. Para desarrollar el análisis, se examina primero cómo han interpretado los jueces estadounidenses el alcance y la aplicación de esta doctrina y luego se evalúa en qué medida dicha interpretación resulta consistente con cada una de las tres justificaciones mencionadas.

Palabras clave

propiedad intelectual, derecho de autor, uso leal, uso justo, uso permitido, Locke, Hegel, utilitarismo

Abstract

The article analyses to what extent the fair use doctrine is consistent with three of the main justifications of intellectual property (the Hegelian, the Lockean and the utilitarian), in order to assess to what extent it can be considered to be fair. To develop the analysis it first examines how American judges have interpreted the scope and application of this doctrine and then evaluates to what extent this interpretation is consistent with each of the three aforementioned justifications.

Facundo Rojo, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella. Correspondencia: Av. Figueroa Alcorta 7350 (C1428BCW), Buenos Aires, Argentina. facundomrojo@gmail.com

¹ Entrevista a Lee Perry realizada por Gerard McMahon en 2013: “Lee Perry Speaks His Mind”, disponible en <<http://unitedreggae.com/articles/n1221/012613/interview-lee-perry-speaks-his-mind>>.

Keywords

intellectual property, copyright, fair use, Locke, Hegel, utilitarianism

I. Introducción: ¿qué es la doctrina del *fair use*?

En la actualidad es habitual en diversos campos la creación de nuevas obras intelectuales utilizando una porción de una obra intelectual ajena preexistente. Por ejemplo, en la música *hip hop* y en la música electrónica es recurrente el uso de *samples*, de porciones de obras musicales ajenas preexistentes, para la creación de nuevas canciones. En el marco del arte conceptual y en el arte contemporáneo también es habitual el uso de obras artísticas ajenas para la creación de otras nuevas. En el campo informático es igualmente habitual el uso de porciones de obras intelectuales ajenas para la creación de nuevas obras intelectuales: diversos programas informáticos y sitios web utilizan obras intelectuales ajenas para darles distintos usos. Basta con realizar la búsqueda de cualquier fotografía de nuestro fotógrafo preferido en Google Images para encontrarnos con una presentación de diversas versiones en miniatura copiadas, editadas, ordenadas y publicadas por Google, de la imagen que estamos buscando. También es habitual el uso de porciones de obras intelectuales ajenas en los blogs y en ciertas redes sociales, en los que el titular del blog o de la cuenta de usuario de la red social utiliza textos, canciones, videos o fotografías que no son de su autoría para enriquecer los contenidos que publica.

Ahora bien, en muchos de esos casos suele utilizarse, para la creación de la obra nueva, la obra original ajena sin la autorización del titular de los derechos intelectuales de la obra original.

Esto, en principio, parecería ser violatorio de los derechos intelectuales del titular de la obra original. En este sentido, el ordenamiento jurídico norteamericano concede al titular del *copyright* de una obra intelectual el derecho *exclusivo* de llevar a cabo y de autorizar a otros a hacer, básicamente, lo siguiente: reproducir la obra en ejemplares o fonogramas, realizar obras derivadas de la obra original, distribuir y comercializar ejemplares o fonogramas de la obra al público y ejecutar la obra públicamente. La violación de los derechos recién mencionados

está sancionada incluso penalmente por el ordenamiento jurídico norteamericano.

Hasta aquí, todo parecería indicar que el uso sin autorización de una obra intelectual ajena para la creación de una nueva obra implica necesariamente la violación de al menos algunos de los derechos recién enumerados, que se encuentran en cabeza del titular del *copyright* de la obra original.

Por tanto, hasta aquí, todo parecería indicar que quienes, sin autorización, realizan, por ejemplo, una canción nueva utilizando un *sample* de la batería de una canción ajena preexistente, una obra de arte nueva que consiste en un *collage* que contiene porciones de obras artísticas ajenas o un sitio web que expone y ordena fotos de obras de arte ajenas en miniatura para darles alguna nueva funcionalidad, estarían cometiendo un ilícito.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico de Estados Unidos establece (entre otras) una excepción a los derechos de los titulares de *copyrights*: la doctrina del *fair use*.² Bajo la doctrina del *fair use*, está permitido usar partes de una obra intelectual ajena protegida con *copyrights* sin la autorización del titular de dichos derechos si se cumplen determinados requisitos.

Si se utiliza una obra ajena mediando *fair use*, la nueva obra que resulta del uso de la obra ajena original mezclada con otros elementos creativos es considerada una obra nueva cuyo titular es únicamente quien transformó la obra original para la realización de la nueva obra. El titular de los derechos intelectuales de la obra original que fue utilizada (sin su autorización) para la creación de la obra nueva no ostenta ninguna porción de la titularidad de los derechos intelectuales de la nueva obra, si se configura un supuesto de *fair use*.

Por supuesto, no cualquier uso no autorizado de una obra intelectual ajena califica como un *fair use*. De acuerdo con la *Copyright Law*, para determinar qué usos de obras intelectuales ajenas están amparados por la doctrina del *fair use*, deben tenerse en cuenta los siguientes cuatro

² La doctrina del *fair use* se encuentra regulada en Estados Unidos en la *Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § 107.

factores, que deben tomarse como una “guía general” (Netanel, 2011, pp. 720 y 723), mas no como cuatro condiciones necesarias:

a) *El propósito y el carácter del uso de la obra original*

De acuerdo con este factor, si el uso no autorizado que se hace de la obra original tiene fines educativos o no tiene fines comerciales, es más probable que se considere que la nueva obra implica un *fair use* de la obra original. A su vez, de acuerdo con este factor, si la obra original es utilizada transformativamente, como “materia prima, transformada para la creación de nueva información, una nueva estética, una nueva idea o un nuevo significado” (Leval, 1994), es más probable que se considere que la nueva obra implica un *fair use* de la obra original. De acuerdo con Barton Beebe, este factor es uno de los dos más importantes (junto con el cuarto factor) para los jueces norteamericanos, a la hora de determinar si un uso no autorizado de una obra ajena califica o no como *fair use*. Según Beebe, en 95.3% de los 148 fallos en los que los jueces, al interpretar este factor, sostuvieron que “el propósito y el carácter del uso” no autorizado de la obra no eran favorables a un *fair use*, se terminó fallando que no lo hubo. A su vez, en 90.2% de los fallos en los que los jueces sostuvieron que “el propósito y el carácter del uso” no autorizado eran favorables a un *fair use*, se terminó fallando en ese sentido (Beebe, 2008, p. 597).

b) *La naturaleza de la obra original*

De acuerdo con este factor, debe analizarse la naturaleza de la obra original para evaluar si su uso no autorizado califica o no como un *fair use*. Por ejemplo, si la obra original que se ha utilizado para realizar la obra nueva era una obra aún inédita, es más probable que los jueces consideren que no medió *fair use* que si se trataba de una obra ya publicada, ya que en dicho supuesto se privaría al autor original de su derecho a ser el primero en publicar su obra. De acuerdo con Beebe, a pesar de que este factor está explícitamente reconocido en la ley nor-

teamericana, no es muy tenido en cuenta por los jueces norteamericanos: en 17.7% de los 306 fallos jurisprudenciales analizados por el autor, los jueces omitieron analizar este factor, y en 6.5% los jueces, al analizar este factor, sostuvieron que era “irrelevante” (Beebe, 2008, p. 610).

c) La cantidad o sustancialidad de la porción usada de la obra original

De acuerdo con este factor, cuanto menos sustancial sea la porción de la obra original tomada para la creación de la obra nueva, más probable será que la obra nueva califique como un *fair use*. De acuerdo con Beebe, este factor está fuertemente vinculado al primer factor y al cuarto factor: mientras menor sea la porción que se toma de la obra original, resultará más probable que el uso sea transformativo –primer factor– y que la aparición de la nueva obra no afecte la posición en el mercado del titular de la obra original –cuarto factor– (Beebe, 2008, p. 615).

d) El efecto del uso en el potencial mercado o en el valor de la obra original

De acuerdo con este factor, si la obra nueva creada utilizando la obra original compite directamente en el mercado con la obra original, es menos probable que la obra nueva quede amparada por la doctrina del *fair use*. En el fallo *Harper & Row vs. Nation Enterprises*, la Corte Suprema norteamericana sostuvo que este factor era “sin dudas, el elemento más importante del *fair use*”.³

Hasta aquí hemos visto que, de acuerdo con la doctrina del *fair use*, está permitido en ciertos casos utilizar la propiedad intelectual ajena sin autorización de su titular, para la creación de nuevas obras. Hemos

³ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Harper & Row, Publishers, Incorporated, et al. vs. Nation Enterprises, et al.*, 471 US 539. La traducción me pertenece.

visto también que, de acuerdo con la doctrina del *fair use*, incluso si la obra nueva contiene una parte de una obra original preexistente, el titular de los derechos intelectuales de la obra original no ostentará ningún derecho de propiedad intelectual sobre la obra nueva, que será exclusivamente de titularidad de quien tomó la obra original y la utilizó transformativamente para la creación de la obra nueva.

Estas características de la doctrina del *fair use* podrían parecer, al menos *a priori*, inconsistentes con la idea básica del derecho de propiedad. Es claro que una de las características fundamentales del derecho de propiedad consiste en la exclusividad que se le asigna al titular del derecho sobre el bien del cual es propietario. Si una persona es titular de un derecho de propiedad sobre un bien, parece claro que, entonces, se le debe reconocer, al menos en principio, la exclusividad en la disposición de dicho bien.

No obstante, la doctrina del *fair use* parece permitir que los individuos utilicen bienes intelectuales que no les pertenecen, incluso sin pedir permiso al titular de los derechos intelectuales y sin siquiera reconocerle al titular una participación en las obras que se crean utilizando sus obras.

En este trabajo, analizaré en qué medida la doctrina del *fair use* es consistente con las principales teorías acerca de la justificación de la propiedad intelectual, para poder comprender en qué medida puede decirse que es una doctrina justa.

Para desarrollar el análisis, dividiré el trabajo en tres secciones. En la sección II, comentaré algunos fallos judiciales de la jurisprudencia norteamericana en los que los jueces han interpretado cómo y en qué casos debe aplicarse la doctrina del *fair use*. Esta sección nos permitirá comprender concretamente en qué casos se ha aplicado esta doctrina y qué argumentos han utilizado los jueces para justificarla. En la sección III, evaluaré si los argumentos esbozados por los jueces para la aplicación de la doctrina del *fair use* son consistentes con las principales justificaciones filosóficas del derecho de propiedad intelectual. Concretamente, evaluaré si dichos argumentos son, al menos *a priori*, consistentes con las justificaciones utilitarista, lockeana y hegeliana de la propiedad privada. Más específicamente, analizaré en qué medida es posible in-

terpretar que la doctrina del *fair use* es consistente con las excepciones que las teorías utilitarista, lockeana y hegeliana admiten a la regla de la propiedad intelectual. En la sección IV ofreceré una conclusión, en la que explicaré por qué es importante comprender los fundamentos filosóficos de la doctrina del *fair use* y por qué los países de tradición continental (en los que, en principio, no rige la doctrina del *fair use*) deberían interesarse en comprender esta doctrina y en comenzar a aplicarla de forma consistente.

II. La interpretación jurisprudencial de la doctrina del *fair use*

Los jueces en Estados Unidos han interpretado en diversos fallos el alcance de la doctrina del *fair use*. En este sentido, han analizado en qué medida deben cumplirse los cuatro requisitos enumerados en el apartado anterior (o algunos de ellos) para que pueda considerarse que un uso no autorizado de una obra intelectual ajena califica como un *fair use*.

La interpretación del alcance de la doctrina del *fair use* ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde una interpretación relativamente restrictiva del *fair use* (que puede verse reflejada en el fallo *Sony vs. Universal City Studios*, de 1984) hacia una interpretación sensiblemente más amplia del *fair use* (que puede verse reflejada, por ejemplo, en el fallo *Perfect 10 vs. Google, Inc.*, de 2007).

En el fallo *Sony vs. Universal City Studios*, de 1984, diversos productores de televisión habían demandado a Sony Corp., el fabricante de la grabadora de cinta Sony Betamax, por contribuir a la violación de los derechos de propiedad intelectual de los productores de programas de televisión. Los productores que iniciaron el reclamo sostenían que el hecho de que las personas utilicen su grabadora Sony Betamax para grabar sin su permiso los programas de televisión de su autoría constituía una violación a sus derechos de propiedad intelectual.

La Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver si la grabación en cintas de video (que implica realizar sin autorización una copia de la obra original grabada) de programas televisivos constituía una

violación a la propiedad intelectual de los productores de los programas televisivos o si, por el contrario, dicha conducta estaba amparada por la doctrina del *fair use*.

La Corte resolvió que las copias realizadas de forma privada y no comercial estaban amparadas por la doctrina del *fair use*, pero que las copias que se realizaban con fines comerciales debían presumirse violatorias de los derechos de propiedad intelectual de los creadores originales. La Corte sostuvo que, en caso de que las copias se realizaran con fines comerciales, para dejar sin efecto la presunción de que eran violatorias de los derechos de propiedad intelectual de los creadores originales, quien realizaba las copias debía demostrar que la comercialización de tales copias no perjudicaba o perjudicaría al creador de la obra original en el mercado.

Más adelante, en el fallo *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.*, de 1994, la Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver si la versión rap realizada por la banda 2 Live Crew del tema de Roy Orbison, “Oh Pretty Woman”, sin la autorización del autor de la obra original (cuyos derechos estaban en manos de Acuff-Rose Music, Inc.) calificaba como un *fair use* o no. La Corte Suprema concluyó que la versión rap realizada por 2 Live Crew estaba protegida por la doctrina del *fair use*.

Para resolver este caso, los jueces analizaron algunos de los elementos que componen la doctrina del *fair use* para determinar si se violaban derechos de propiedad intelectual o no.

En primer lugar, respecto al “propósito y el carácter del uso” de la obra original, la Corte Suprema sostuvo que, si bien el uso que le daba 2 Live Crew a su versión rap del tema “Oh Pretty Woman” era comercial, esto no debía interpretarse como un factor determinante para negar que se haya configurado un *fair use* ya que, de tomarse esta interpretación, prácticamente todos los usos no autorizados de obras intelectuales ajenas calificarían como violatorios del derecho de autor, vaciando de sentido a los demás elementos que componen a la doctrina del *fair use*. Por tanto, la Corte determinó que “cuanto más transformativo sea el nuevo trabajo, menos relevancia tendrán otros factores que

podrían jugar en contra de entender que hay *fair use*, como el hecho de que haya uso comercial”.⁴

En segundo lugar, la Corte entendió que, efectivamente, el uso de la obra original para la creación de la obra nueva era suficientemente “transformativo”. La Corte entendió que en la obra nueva había un uso transformativo, ya que se agregaba “algo nuevo, con un propósito distinto o con distintas características, alterando la versión inicial con nueva expresión, sentido o mensaje”.⁵ En este aspecto, la Corte entendió que, si bien se había utilizado la esencia de la obra original para realizar la nueva obra, ello no era determinante. La Corte entendió que las parodias, análogas al caso en cuestión, requieren necesariamente del uso de la esencia de la obra original. En este sentido, la Corte adoptó la postura de que utilizar la esencia de una obra original califica como *fair use* siempre y cuando el aspecto transformativo de la nueva obra pueda ser “razonablemente percibido”.⁶

En tercer lugar, la Corte analizó el efecto que tenía la aparición de la nueva obra en el potencial mercado o en el valor de mercado de la obra original. La Corte entendió que, debido a la marcada transformación que existía entre la obra original y la obra nueva, quedaba claro que la nueva versión no afectaba el valor del trabajo original.

En 1998, en el fallo *Castle Rock Entertainment, Inc. vs. Carol Publishing Group*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito utilizó el mismo criterio de interpretación sentado por la Corte en el fallo *Campbell*, pero concluyó que, en este caso en particular, la demandada no se encontraba amparada por la excepción del *fair use*. En este caso, la demandada había comercializado un libro de trivias sobre la exitosa telenovela “Seinfeld”, que contenía varios textos idénticos al guión de la telenovela original. Por tanto, dado que la obra nueva no contenía

⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S.. 569, 579 (1994): “the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use”. La traducción me pertenece.

⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S.. 569, 579 (1994): “[it] “adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message”. La traducción me pertenece.

⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S.. 569, 579 (1994): “may reasonably be perceived.” La traducción me pertenece.

una nueva expresión, sentido o mensaje (es decir, dado que no se había configurado un uso “transformativo” de la obra original), no debía proceder la excepción del *fair use* interpuesta por la demandada.

Los jueces, además, recordaron que el test esencial del *fair use* consiste en analizar en cada caso si el objetivo constitucionalmente reconocido del *copyright*, que es promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, es consistente con permitir el uso o con prohibir el uso no autorizado de la obra original para la creación de la obra nueva.⁷

En el año 2003, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito tuvo que resolver, en el fallo *Kelly vs. Arriba Soft*, si el programa informático de Arriba Soft, que servía para buscar imágenes en internet y que mostraba versiones reducidas de las fotografías originales que el usuario buscaba mediante el programa, violaba los derechos de propiedad intelectual de Kelly, un fotógrafo cuyas fotos originales fueron publicadas en versión reducida sin su consentimiento, o si, por el contrario, constituía un *fair use*.

Los jueces resolvieron que el programa informático de Arriba Soft calificaba como un *fair use* y, para llegar a tal conclusión, analizaron los elementos constitutivos del *fair use*. Los principales argumentos que utilizaron fueron los siguientes.

En primer lugar, los jueces entendieron que, incluso si Arriba Soft utilizaba la totalidad de la obra original (ya que exponía las fotografías enteras, aunque en tamaño reducido), el propósito y el carácter del uso que le daba Arriba Soft a las imágenes era transformativo, ya que “eran imágenes mucho más pequeñas, de menor resolución, que tenían una función totalmente diferente a las fotografías originales de Kelly”.⁸ Por tanto, era implausible entender que “alguien utilice las imágenes

⁷ Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Castle Rock Entertainment, Inc. vs. Carol Publishing Group*, 150 F.3d 132 (2nd Cir. 1998), “The ultimate test of fair use, therefore, is whether the copyright law’s goal of “promot[ing] the Progress of Science and useful Arts,” U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8, “would be better served by allowing the use than by preventing it”.

⁸ Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Kelly vs. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003): “Much smaller, lower-resolution images that served an entirely different function than Kelly’s original images”. La traducción me pertenece.

de Arriba para propósitos ilustrativos o estéticos, porque al agrandarlas perdían su claridad”.⁹

En segundo lugar, los jueces entendieron que el efecto que tenía el uso que le daba Arriba Soft a las imágenes reducidas no afectaba el potencial mercado o el valor de las fotografías originales de Kelly. Consideraron que, incluso si Arriba Soft difundiera ampliamente las versiones reducidas y de baja resolución de las imágenes originales, ello tampoco afectaría sustancialmente el valor de mercado de las fotografías originales de Kelly.

En 2006, en el fallo *Blanch vs. Koons*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos debió resolver si estaba amparado por la doctrina del *fair use* el *collage* que había realizado el artista Jeff Koons, en el que incluía una parte de una fotografía tomada por la fotógrafa de moda Andrea Blanch que ya había sido publicada en la revista Allure, en el 2000.

Los jueces entendieron que el uso de Koons era un *fair use*. El argumento principal en favor de ello se basó en el hecho de que el uso de la obra de Koons era transformativo, ya que tenía un “propósito y un significado totalmente diferente” al de la fotografía original. De hecho, los jueces entendieron que la fotografía original había sido tomada meramente como “materia prima” para la confección de la nueva obra de Koons.¹⁰

En 2007, en el fallo *Perfect 10 vs. Google, Inc.*, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito debió determinar si el hecho de que Google publicara como resultados de las búsquedas de Google Images versiones reducidas de las fotografías de las revistas Perfect 10 (sin la autorización de la misma) constituía o no un uso protegido por la doctrina del *fair use*.

En el caso en cuestión, Perfect 10 alegó que la conducta de Google lo dañaba especialmente porque dicha publicación comercializaba para

⁹ Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003): [It would be unlikely] “that anyone would use Arriba’s thumbnails for illustrative or aesthetic purposes because enlarging them sacrifices their clarity”. La traducción me pertenece.

¹⁰ Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Blanch vs. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

teléfonos celulares versiones reducidas de las imágenes de sus revistas, y alegaba que el hecho de que Google publicara también versiones reducidas le afectaba tal negocio. La Corte de Apelaciones resolvió que el uso que realizaba Google de las imágenes de Perfect 10 estaba protegido por la doctrina del *fair use*.

Para efectuar el análisis, la Corte de Apelaciones evaluó los hechos de acuerdo con los cuatro criterios enumerados en el § 107 de la *Copyright Law*.

En primer lugar, respecto al “propósito y el carácter del uso”, los jueces tuvieron en cuenta dos aspectos: si el uso era comercial y si el uso era transformativo. Por un lado, los jueces entendieron que el uso que hacía Google de las imágenes reducidas era comercial, y entendió que ello jugaba, en principio, en contra de que pueda entenderse como un *fair use*. No obstante, los jueces entendieron, por otro lado, que el uso que hacía Google de las imágenes de Perfect 10 era transformativo, ya que no se superponía con el uso de las imágenes originales de Perfect 10. Las imágenes originales eran publicadas con fines de entretenimiento, mientras que las imágenes reducidas publicadas por Google estaban publicadas en un contexto diferente, que tenía que ver con la búsqueda electrónica de información. En este sentido, los jueces entendieron que el hecho de que el uso sea transformativo jugaba a favor de que la conducta de Google pueda entenderse como un *fair use*.

En segundo lugar, respecto al requisito de la naturaleza de la obra original, los jueces entendieron que el hecho de que Google utilizara imágenes ya publicadas por Perfect 10 jugaba a favor de entender que se trataba de un *fair use*, ya que la primera expresión creativa ya había ocurrido. Otra hubiera sido probablemente la interpretación si Google hubiera publicado versiones de imágenes inéditas de Perfect 10, ya que es especialmente importante proteger el derecho del autor a ser el primero en expresar su creación.

En tercer lugar, respecto a la sustancialidad de la porción de la obra original usada para realizar la obra nueva, los jueces entendieron que el hecho de que Google no usara una porción mayor de las obras originales que la necesaria para lograr el objetivo de proveer una búsqueda

efectiva de imágenes jugaba a favor de interpretar que existía un *fair use*.

Por último, respecto al efecto que tenía el uso no autorizado de la obra original en el mercado, los jueces entendieron que del hecho de que Google publicara las imágenes con fines comerciales no se podía presumir una afectación en la posición en el mercado de Perfect 10. Dado que el uso que hacía Google de las imágenes era transformativo (es decir, que era realizado en un marco totalmente distinto y con otros objetivos), no podía presumirse que existía un daño en el mercado para Perfect 10. Por tanto, dado que el daño que podría sufrir Perfect 10 en el mercado no era concreto, sino meramente hipotético, debía entenderse que la conducta de Google calificaba como un *fair use*.

Ya en 2013, en el fallo *Cariou vs. Prince*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito también adoptó una interpretación amplia sobre el alcance de la doctrina del *fair use*. En este caso, Cariou, un fotógrafo profesional, había tomado una serie de fotos de rastafaris en Jamaica, que fueron publicadas en un libro titulado *Yes Rasta*, en el 2000. En 2007, Richard Prince, un famoso artista, tomó copias de 29 fotos de Cariou y las utilizó, sin su autorización, para intervenirlas con *collages* y pinturas, tomando en algunos casos porciones de las fotografías originales y en otros casos la totalidad de las fotografías originales. Prince comercializó sus obras, obteniendo más de diez millones de dólares por la venta de ocho fotografías intervenidas.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito resolvió que 25 de las 29 obras de Prince estaban protegidas por el *fair use*. Los jueces sostuvieron que las obras de Prince “agregaban un nuevo significado, expresión o mensaje” respecto a la obra original, “con un propósito distinto” a la obra original, y que no le quitaban una porción del mercado relevante a Cariou, ya que las obras intervenidas estaban orientadas a un mercado distinto (Samuelson, 2012).

A esta altura, hemos visto cómo ha evolucionado la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de la doctrina del *fair use* en Estados Unidos. A modo de resumen de los fallos recién comentados, considero esencial resaltar los siguientes conceptos:

Uso transformativo: de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, mientras más transformativo sea el uso de la obra original, deviene más probable que la conducta califique como un *fair use*. Se entiende que hay “uso transformativo”, básicamente, cuando a la obra original se le agrega “algo nuevo, con un propósito distinto o con distintas características, alterando la versión inicial con nueva expresión, sentido o mensaje” y cuando la nueva obra tiene una “función totalmente diferente” a la función de la obra original. La transformación de la obra original para la creación de la obra nueva debe ser pasible de ser “razonablemente percibida” por el público.

Efecto del uso no autorizado en el mercado de la obra original: de acuerdo con la tendencia de la interpretación jurisprudencial, mientras más transformativo sea el uso de la obra original para la creación de la obra nueva, resulta menos plausible alegar que la nueva obra afecta la posición en el mercado de la obra original. Ello es así dado que, para determinar cuán transformativo es el uso de la obra original, debe analizarse, entre otros aspectos, si la nueva obra tiene una función distinta a la obra original (y, en ese caso, estará en principio orientada a un mercado distinto). También debe analizarse si es razonable interpretar que, debido a la existencia de la obra nueva, los consumidores dejarán de consumir la obra original. Como vemos, esta noción tiene como objetivo resguardar, en alguna medida, los intereses en el mercado del autor de la obra original.

Principio vector de la doctrina del fair use: de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, el test esencial que debe realizarse para determinar si se configuró un supuesto de *fair use* o no consiste en analizar en cada caso si el objetivo constitucionalmente reconocido del *copyright*, que es promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, es consistente con permitir o con prohibir el uso no autorizado de la obra original para la creación de la obra nueva. Como vemos, esta noción tiene como objetivo promover el bien común, o el bienestar social, ya que persigue el progreso de la ciencia y de las artes útiles, no en beneficio de los creadores (de la obra original o de la obra nueva), sino de la sociedad en su conjunto.

Los tres conceptos recién enumerados (el uso transformativo, el efecto del uso no autorizado en el mercado del autor de la obra original y el principio vector) han sido utilizados por los jueces como los principales argumentos para justificar la excepción del *fair use* a la protección de la propiedad intelectual. En el siguiente apartado, analizaré en qué medida dichos conceptos son consistentes con las principales teorías sobre la justificación de los derechos de propiedad intelectual. En particular, analizaré en qué medida dichos conceptos son consistentes con las excepciones que admiten dichas teorías a la regla de la protección de la propiedad intelectual.

III. Posibles justificaciones de la doctrina del *fair use*

En seguida, analizaré en qué medida la doctrina del *fair use* es consistente con tres importantes justificaciones de los derechos de propiedad intelectual (Moore, 2011): la justificación hegeliana basada en la personalidad, la justificación lockeana y la justificación utilitarista. Por supuesto, las tres posibles justificaciones han recibido fuertes críticas. No obstante, el objetivo de este trabajo no es corregir estas teorías para salvarlas de las críticas que han recibido, sino que es meramente identificar en qué medida estas teorías admitirían una excepción como la establecida por la doctrina del *fair use*. A continuación explicaré brevemente en qué consiste cada justificación y analizaré en qué medida estas teorías serían consistentes con la doctrina del *fair use*.

1. La justificación hegeliana

La justificación de la propiedad intelectual basada en la personalidad ha sido desarrollada especialmente por G. W. F. Hegel. Básicamente, Hegel sostiene que los individuos son titulares de su personalidad, que está compuesta por sus talentos, sus sentimientos, los rasgos de su carácter y sus experiencias. En ciertos casos, los individuos, motivados por su voluntad, fusionan ciertos objetos (tangibles o intangibles) con sus talentos, sus sentimientos, los rasgos de su carácter y sus experiencias (es decir, con su voluntad). Al fusionarse un objeto con la personalidad de un individuo (que es titular de su personalidad), el individuo

deviene, entonces, titular del objeto. En este sentido, de acuerdo con Justin Hughes, según la teoría hegeliana, “la voluntad interactúa con el mundo externo en diferentes niveles de actividad. Procesos mentales –como reconocer, clasificar, explicar y recordar– pueden ser comprendidos como apropiaciones del mundo externo por la mente” (Hughes, 1988, p. 30).

A partir de esta breve explicación de la justificación hegeliana de la propiedad intelectual, podemos analizar en qué medida esta teoría es consistente con la doctrina del *fair use*.

Ante todo, podemos identificar que uno de los principales requisitos para que se configure un supuesto de *fair use* es que el uso de la obra ajena sea transformativo. Para reconocerle al creador de la nueva obra la titularidad sobre dicha obra (que ha sido realizada a partir del uso no autorizado de una obra ajena), los jueces exigen que la nueva obra sea “algo nuevo, con un propósito distinto o con distintas características, alterando la versión inicial con nueva expresión, sentido o mensaje”. En los términos de la teoría hegeliana, para que pueda entenderse que la nueva obra pertenece al nuevo creador (y que es una obra distinta de la obra original que se utilizó para crear la nueva obra), ésta debe contener en sí los rasgos de la personalidad (sus talentos, sus sentimientos, los rasgos de su carácter y sus experiencias) del nuevo creador. De este modo, podría entenderse que la nueva obra es independiente de la obra original, y que le pertenece justificadamente al nuevo creador.

Esta teoría parece explicar de forma clara por qué los jueces han considerado que calificaba como un *fair use* el *collage* que realizó el artista Koons utilizando porciones de fotografías de moda tomadas por la fotógrafa Blanch. En el mismo sentido, la teoría hegeliana parece también explicar por qué los jueces han considerado que calificaba como un *fair use* la mayoría de las obras de arte de Prince, que consistían en intervenciones artísticas de las fotografías del fotógrafo Cariou. En ambos casos, podría decirse que la obra nueva, que se realizó sin autorización a partir del uso de la obra original, no reflejaba la personalidad del autor original, puesto que su creador la había transformado de

modo tal que ahora la nueva obra refleja sus propias expresiones, sentimientos, talentos, etcétera.

Ahora bien, esta teoría no parece explicar por qué son relevantes los otros dos elementos fundamentales del *fair use*: el efecto en el mercado para el autor de la obra original que genera el uso no autorizado de su obra (en protección del titular de la obra original) y el efecto que podría tener la permisón o la prohibición del uso no autorizado de una obra ajena para la promoción de las ciencias y las artes útiles.

Por un lado, la teoría hegeliana no es sensible al eventual efecto que pueda generar en el mercado para el autor de la obra original la aparición de la obra nueva. La teoría hegeliana no está comprometida con que la asignación de los derechos de propiedad intelectual no perjudique en el mercado a determinados jugadores. Lo que determina cómo deben asignarse los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con la teoría hegeliana, es a quién pertenece la personalidad que se encuentra “impresa” en los distintos objetos pasibles de ser apropiados. Por tanto, el hecho de que la aparición en el mercado de un objeto determinado que contiene “impresa” la personalidad de una persona afecte negativamente la posición en el mercado de otra persona que es titular de otro objeto no tiene ninguna relevancia para la teoría hegeliana, a los efectos de determinar cómo se deben asignar los derechos de propiedad intelectual.

Por otro lado, la teoría hegeliana tampoco parece, en principio, estar comprometida con promover el bien común (entendido como promover el desarrollo de las ciencias y las artes útiles). Nuevamente, de acuerdo con la teoría hegeliana, lo que determina cómo deben asignarse los derechos de propiedad intelectual es que el individuo haya logrado fusionar en un objeto su personalidad. Ello es, en principio, independiente de cuáles serían los efectos para la sociedad de que se le asigne un derecho de propiedad a una persona determinada. No obstante, existen ciertas interpretaciones de la teoría hegeliana que incluyen en la teoría algunas consideraciones que tienen por objetivo promover el bien común, alegando que la protección de los derechos de propiedad intelectual genera incentivos adecuados para la promoción del progreso y la maximización de la utilidad social (Hegel, 1991 [1821],

interpretado por Moore, 2011). Sin embargo, estas interpretaciones parecen alejarse demasiado del núcleo de la justificación hegeliana, y se aproximan demasiado a la teoría utilitarista, que analizaremos a continuación.

2. La justificación utilitarista

La justificación utilitarista de la propiedad intelectual postula que la razón por la cual es justo que los individuos tengan derechos intelectuales consiste en que esta protección genera resultados socialmente deseables (más deseables que cualquier otra alternativa posible). Si se premia a quienes realizan creaciones útiles con un derecho exclusivo a utilizar dichas creaciones durante un tiempo determinado, los individuos tendrán incentivos para dedicarle su tiempo y esfuerzo a desarrollar creaciones útiles. Si, en cambio, no se le reconociera a los creadores un derecho exclusivo a usar sus creaciones, una vez realizada una creación, todos los individuos podrían utilizarla gratuitamente, a expensas del esfuerzo y la dedicación del creador. En este escenario, menos personas tendrían incentivos para dedicarle su tiempo y esfuerzo a desarrollar creaciones útiles y más personas tendrían incentivos para utilizar gratuitamente las creaciones útiles que otros desarrollaron. En este sentido, el utilitarismo postula que, al asignar derechos de propiedad intelectual, los creadores deben ser recompensados por el Estado con el goce de un monopolio temporáneo en la explotación de sus creaciones. Esta recompensa genera incentivos para que los individuos decidan dedicar más tiempo a desarrollar creaciones útiles. Mientras más individuos desarrollen creaciones útiles, mayor será el bienestar general, en principio. Por tanto, recompensar a los creadores con un monopolio temporal (es decir, con derechos de propiedad intelectual) es, en principio, algo socialmente deseable.

En este sentido, Richard Epstein imagina un mundo sin derechos de propiedad intelectual y advierte lo siguiente:

Respecto a las canciones y las máquinas ¿quién asumirá los costos de inventarlas si los demás podrían beneficiarse personalmente de dichos

inventos con impunidad? No se necesita tener una creencia cínica sobre el efecto corrosivo del autointerés para creer que pocas personas trabajarían para hacer que sus vecinos y competidores estén mejor que ellas mismas. A menos que existan fuertes derechos de propiedad intelectual, el *free-riding* destruirá la innovación.¹¹

Epstein, entonces, propone lo siguiente: “El uso de una legislación explícita e instituciones públicas es un costo de la propiedad intelectual. Pero parece plenamente justificado a la luz de los enormes avances técnicos y literarios que no ocurrirían en su ausencia”.¹²

A partir de esta breve explicación de la justificación utilitarista de la propiedad intelectual, podemos analizar en qué medida esta teoría es consistente con la doctrina del *fair use*.

En términos generales, la excepción a la regla de la propiedad intelectual de la doctrina del *fair use* parece tener un fuerte fundamento utilitarista. En este sentido, esta justificación parece explicar perfectamente la definición de la doctrina del *fair use* esbozada por Patricia Aufderheide y Peter Jaszi, interpretada a su mejor luz, que han sostenido que “esta doctrina establece que, bajo ciertas circunstancias (básicamente, cuando el beneficio social es mayor que la pérdida individual del titular de la obra), las personas pueden citar obras protegidas por el *copyright* sin autorización y sin pagar”.¹³

En primer lugar, esta teoría parece explicar claramente por qué los jueces tienen en cuenta si la permisión o la prohibición del uso no autorizado de una obra intelectual ajena promoverá o no el desarrollo de las ciencias y de las artes útiles al momento de decidir si se ha configurado o no un supuesto de *fair use*. De hecho, la promoción del desarrollo de las ciencias y las artes útiles parece ser, precisamente, el objetivo del utilitarismo, respecto a la propiedad intelectual.

Esta teoría podría explicar por qué los jueces han prohibido el uso comercial de las grabaciones de programas televisivos realizados por particulares con su grabadora Sony Betamax. En este sentido, si los

¹¹ Epstein, 2006, p. 7. La traducción me pertenece.

¹² *Idem*. La traducción me pertenece .

¹³ Aufderheide y Jaszi, 2011, p. 3. La traducción me pertenece.

individuos pudieran comercializar las grabaciones de programas televisivos sin autorización, se reducirían los incentivos para incurrir en los costos que implica la producción de un programa televisivo. Ello podría resultar en una menor oferta de programas televisivos, lo cual atentaría contra el desarrollo de las ciencias y las artes útiles.

Ahora bien, el utilitarismo también podría explicar por qué los jueces han permitido a Google el uso no autorizado de las imágenes de la revista *Perfect 10*, considerando la importancia social que tiene Google como fuente de información. Prohibir a Google el uso no autorizado de imágenes aumentaría los costos de Google a un nivel que, posiblemente, implicaría el fin de dicha útil herramienta tal como la conocemos. Por tanto, desde el punto de vista utilitarista, sería razonable que los jueces, haciendo un cálculo de utilidad, decidieran que el derecho de propiedad intelectual debía ceder en este caso, puesto que, de lo contrario, se atentaría contra el desarrollo de las ciencias y artes útiles.

Como vemos, el utilitarismo justifica el derecho de propiedad intelectual solamente en la medida en que éste promueva el desarrollo de las ciencias y las artes útiles. De acuerdo con el utilitarismo, es justo que califiquen como supuestos de *fair use* (es decir como excepciones a la propiedad intelectual) los usos no autorizados de obras intelectuales que promueven el desarrollo de las artes útiles (como ciertos usos que hace Google de obras intelectuales ajenas).

En segundo lugar, el utilitarismo no parece estar comprometido, *en principio*, ni con la idea de que, para que se configure un supuesto de *fair use*, el uso de la obra ajena deba ser transformativo, ni con la idea de que el uso no autorizado no deba afectar al creador de la obra original en el mercado.

Por ejemplo, si en un caso concreto maximizara la utilidad reconocerle derechos de propiedad intelectual a un individuo que ha copiado una obra intelectual ajena sin autorización y sin transformarla en lo absoluto, un utilitarista debería favorecer la asignación de los derechos intelectuales al individuo que ha copiado la obra ajena. Por supuesto, ello podría a su vez afectar la posición en el mercado del creador original, pero un utilitarista, en la medida en que la asignación de derechos intelectuales al individuo que copió la obra original maximice la utili-

dad, debería seguir favoreciendo la asignación de derechos intelectuales a dicho individuo.

No obstante, si bien, como vimos, el requisito de la transformación y el requisito de no afectar al titular de la obra original en el mercado no estarían justificados, *en principio*, por el utilitarismo, quizá sí podrían estar justificados *todas las cosas consideradas*, desde el utilitarismo de reglas. Para concluir que ambos requisitos están justificando *todas las cosas consideradas*, un utilitarista de reglas debería calcular si la protección de la posición en el mercado de los creadores originales y la exigencia de que solo se permitan los usos transformativos de las obras ajenas podrían ser reglas que, de ser aplicadas socialmente, maximizarían la utilidad. De ser así, ambas reglas, si bien por sí mismas no persiguen la maximización de la utilidad, dado que contingentemente la promoverían, podrían estar justificadas desde un punto de vista utilitarista de reglas, todo considerado. Por supuesto, dichos cálculos serían sumamente complejos (aunque podrían revelar datos de gran importancia), y exceden el objetivo de este trabajo.

3. La justificación lockeana

Según la teoría lockeana, “trabajar, producir, pensar y perseverar son actos voluntarios, y los individuos que llevan a cabo estas actividades serán titulares de lo que produzcan”.¹⁴ Desde este punto de vista, “del mismo modo en que uno tiene un derecho sobre los cultivos que plantó, uno también tiene un derecho sobre las ideas que generó o la obra que uno produjo”.¹⁵ En líneas similares, Ayn Rand sostiene que “las patentes y el copyright son la implementación de la base de todos los derechos de propiedad: el derecho del individuo al producto de su mente”.¹⁶

Ahora bien, de acuerdo con la teoría lockeana, para que un individuo pueda apropiarse de un bien (tangible o intangible) que es el fruto

¹⁴ Moore, 2011, p. 17. La traducción me pertenece.

¹⁵ Palmer, 2003, p. 819. La traducción me pertenece.

¹⁶ Rand, 1967, p. 130. La traducción me pertenece.

de su trabajo, es un requisito necesario que deje “suficientes y tan buenos” bienes similares para el resto de los individuos. Un individuo, de acuerdo con la teoría lockeana, no podría apropiarse del fruto de su trabajo si ello implica dejar al resto de la sociedad sin una cantidad suficiente y tan buena de aquel bien que el individuo se apropió.

A su vez, de acuerdo con la teoría lockeana, para que un individuo pueda apropiarse de un bien (tangible o intangible) que es el fruto de su trabajo, es un requisito necesario que no vaya a desperdiciar dicho bien. En los términos de John Locke, “Dios no creó ninguna cosa para que el hombre la dejara echarse a perder o para destruirla”.¹⁷

A partir de esta breve explicación de la justificación lockeana de la propiedad intelectual, podemos analizar en qué medida esta teoría es consistente con la doctrina del *fair use*.

En primer lugar, la idea de que los individuos son dueños del fruto de su trabajo parece en principio inconsistente con la doctrina del *fair use*, en cuanto establece que si un individuo utiliza transformativamente una obra ajena, será el único titular de la obra nueva resultante. De acuerdo con una interpretación estándar de la teoría lockeana, el uso sin autorización de una obra ajena (ya sea para utilizarlo transformativamente como para utilizarlo de cualquier otro modo) está prohibido, puesto que el titular de la obra original, que creó dicha obra con su trabajo y esfuerzo, es el único titular de su obra, y cualquier uso que otro individuo quiera hacer de dicha obra debe ser autorizado por él.

Ahora bien, debemos recordar que la teoría lockeana solo permite que un individuo se apropie de un bien en la medida en que deje “suficientes y tan buenos” bienes para los demás. Robert Nozick (1974, pp. 178-182) ha interpretado que un individuo, al apropiarse de un bien, deja “suficientes y tan buenos” bienes a los demás cuando, al apropiarse del bien, no deja a los demás peor que como hubieran estado si dicho bien del que se apropió continuara bajo el dominio público. Nozick considera que la propiedad intelectual está justificada (siempre y cuando esté limitada en el tiempo) ya que, en principio, la creación de algo

¹⁷ Locke, 1689, p. 60. La traducción me pertenece.

útil no solo no empeora a los demás, sino que posiblemente mejore su situación.

En una línea interpretativa opuesta a la de Nozick,¹⁸ podría argumentarse que existen casos en los cuales si la obra intelectual que un individuo desea apropiarse continuara en el dominio público, el resto de los individuos estaría mejor que si un solo individuo se la apropiara. Esto se debería a que, si la obra intelectual estuviera bajo el dominio público, no se configuraría una tragedia de los comunes (que sí se configuraría si se tratara de un bien tangible y escaso en lugar de una obra intelectual), dado que los bienes intelectuales, que no son tangibles ni escasos, podrían ser utilizados por todos de forma plena y al mismo tiempo, sin obstruirse entre todos. Por tanto, si el creador no se apropiara de su creación, y ésta quedara bajo el dominio público, podría argumentarse que el resto de la sociedad estaría mejor, puesto que podrían todos gozar plenamente y al mismo tiempo de esa creación intelectual, sin interrumpirse entre sí, lo cual no podrían hacer si el creador se apropiara exclusivamente de su creación.¹⁹ De acuerdo con esta línea argumental, sería justo que los individuos utilicen la propiedad intelectual ajena sin autorización cuando demuestren que esa creación intelectual sería mejor aprovechada socialmente si fuera de propiedad común que si el creador fuera su único propietario. Se podría argumentar entonces que se configuraría un supuesto de *fair use* cuando quien usa la obra intelectual ajena probara que esa obra sería mejor aprovechada socialmente si fuera de propiedad común.

Por tanto, en este sentido, no parece relevante el hecho de que un individuo haya realizado un uso transformativo de la obra original, ni que el autor original se vea perjudicado por la aparición de la obra nueva realizada sin su autorización. Como hemos visto, para que se configure un supuesto de *fair use*, bastaría con que el interesado en usar la obra ajena muestre que el resto de la sociedad hubiera estado mejor si el titular de la obra no se hubiera apropiado de la obra, y ésta hubiera quedado bajo el dominio público.

¹⁸ En esta línea, véase por ejemplo Kinsella, 2011, o el apartado “Information Wants to Be Free”, en Moore, 2014.

¹⁹ Por supuesto, como ya hemos visto en el apartado sobre el utilitarismo, posiblemente en este escenario habría menores incentivos para desarrollar creaciones útiles.

En segundo lugar, podría interpretarse que la postura lockeana está, en cierta medida (al menos indirectamente) comprometida con el desarrollo de las ciencias y las artes útiles. Dado que la justificación lockeana postula que no deben echarse a perder ni destruirse los bienes, podría inferirse que, por tanto, los bienes deben utilizarse con cierta utilidad, que podría ser el desarrollo de las ciencias y las artes útiles. En este sentido, Benjamin G. Damstedt ha sostenido que:

...hay algo intuitivamente atractivo en otorgarle un derecho de propiedad a quien creó un bien, especialmente cuando los demás no se han visto perjudicados por esta creación. En el mismo sentido, resulta intuitivamente atractivo asignar un derecho a hacer un *fair use* cuando el titular está desperdiciando y echando a perder el bien, especialmente si puede hacerse sin dañar al titular del bien.²⁰

IV. Conclusión

En este trabajo, hemos visto que ninguna de las tres principales justificaciones de la propiedad intelectual parece explicar perfectamente la doctrina del *fair use*. De hecho, esta doctrina parece tener diversos fundamentos, posiblemente inconsistentes entre sí.

En primer lugar, el requisito de que el uso no autorizado de la obra ajena deba ser transformativo para que se configure un supuesto de *fair use* parece especialmente consistente con la justificación hegeliana de la propiedad intelectual. No obstante, ese requisito es, al menos en principio, inconsistente con la justificación utilitarista de la propiedad intelectual.

En segundo lugar, el requisito de que el uso no autorizado de la obra ajena deba promover el desarrollo de las ciencias y las artes útiles parece especialmente consistente con la justificación utilitarista de la propiedad intelectual y posiblemente consistente con la teoría lockeana de la propiedad intelectual. No obstante, ese requisito es inconsistente con la teoría hegeliana de la propiedad intelectual.

²⁰ Damstedt, 2003, p. 1221. La traducción me pertenece.

En tercer lugar, el requisito de que el uso no autorizado de la obra ajena no deba empeorar la posición en el mercado del creador de la obra original no parece, en principio, especialmente consistente con ninguna de las tres posibles justificaciones de la propiedad intelectual.

El hecho de que ninguna justificación de la propiedad intelectual sea completamente consistente con la doctrina del *fair use* y el hecho de que los jueces apliquen esta doctrina basándose en diversos factores inconsistentes entre sí generan, en la práctica, severas complicaciones. En este sentido, Neil W. Netanel ha sostenido que “numerosos comentaristas han criticado la doctrina del *fair use* como irremediamente impredecible e indeterminada. Ello me incluye a mí” (Netanel, 2011, p. 716). En el mismo sentido, Barton Beebe ha sostenido que, “debido a toda la ambigüedad de su lenguaje legal [los factores que componen la doctrina del *fair use*] son lo que se interpone entre nosotros y lo que algunos han llamado, con un toque de hipérbole, la ‘tiranía del *copyright*’”.²¹ Por ejemplo, si un individuo evaluara usar una obra ajena sin autorización de su titular para desarrollar una obra nueva, sin aplicarle una gran transformación a la obra original, pero con la convicción de que su nueva obra promoverá fuertemente el desarrollo de una ciencia determinada, ¿podrá prever si los jueces lo condenarán por violación de *copyright* o si, por el contrario, reconocerán que se trata de un *fair use*? Posiblemente, mientras los fundamentos de la doctrina del *fair use* sean inconsistentes entre sí, este individuo no dispondrá de un método cierto para prever si su conducta es legal o no y, especialmente, para comprender los motivos por los cuales su conducta es legal o no.

A esta altura, el lector oriundo de un país de tradición continental podría preguntarse en qué medida el análisis aquí efectuado de la doctrina norteamericana del *fair use* es relevante para los países de tradición continental. Entiendo que existen, al menos, dos fuertes motivos por los cuales el lector de tradición continental debería preocuparse por los fundamentos filosóficos de la doctrina del *fair use*.

²¹ Beebe, 2008, p. 552. La traducción me pertenece.

En primer lugar, de acuerdo con el análisis aquí efectuado, la doctrina del *fair use* se desprende (con ciertas dificultades, tal como hemos analizado) de los fundamentos mismos de la propiedad intelectual. En este sentido, las teorías que hemos analizado sobre la justificación de la propiedad intelectual (lockeana, hegeliana y utilitarista) no justifican solamente las instituciones del *copyright* norteamericano, sino que justifican la protección de la propiedad intelectual en general. De hecho, al menos la justificación lockeana (que establece, básicamente, que el titular de una obra debe ser su creador) y la justificación hegeliana (que establece, básicamente, que el titular de una obra debe ser quien haya impreso su personalidad en el bien intelectual) parecen, más bien, justificar instituciones más similares a las del derecho de autor continental que a las del *copyright* norteamericano. Por tanto, si la excepción de la doctrina del *fair use* se halla justificada, en distintas medidas, por dichas teorías, entonces, al menos desde un punto de vista moral, esta excepción debería ser aplicada también en los países de tradición continental. En este sentido, comprender los fundamentos filosóficos de la doctrina del *fair use* puede servirle al lector de tradición continental para comprender, precisamente, que esta excepción debería ser aplicada también en los países de tradición continental.

En segundo lugar, desde un punto de vista legalista, cabe mencionar que el Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, al que se ha adherido la enorme mayoría de los países de tradición continental, establece, en su artículo 10, inciso 1), que “son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”. Se puede apreciar que las condiciones establecidas en este artículo son, al menos, sensiblemente similares a los cuatro factores que constituyen la doctrina del *fair use* y que constituyen una excepción más “flexible” (Lipszyc, Villalba, 2009, p. 196) que la excepción tradicional del derecho de cita de la tradición continental. Desde este punto de vista, comprender cómo han interpretado los jueces norteamericanos los cuatro factores de la doctrina del *fair use* y cuál es el fundamento de dichas interpretaciones puede resultar de especial utilidad a la hora de evaluar cómo debería-

mos interpretar en los países de tradición continental la excepción regulada en el citado artículo del Convenio de Berna.

Referencias bibliográficas

- Aufderheide, Patricia y Peter Jaszi, 2011: *Reclaiming Fair Use. How To Put Balance Back In Copyright*. Chicago, The University of Chicago Press.
- Beebe, Barton, 2008: “An Empirical Study Of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005”. *University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, núm. 3, pp. 549-624.
- Damstedt, Benjamin G., 2003: “Limiting Locke: A Natural Law Justification For The Fair Use Doctrine”. *The Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 5, pp. 1179-1221.
- Epstein, Richard A., 2006: “Why Libertarians Shouldn’t Be (Too) Skeptical About Intellectual Property”. *Progress on Point Paper*, núm. 13.4. Progress & Freedom Foundation, Washington D.C.
- Hegel, G. W. F., 1991 [1821]: *Elements of the Philosophy of Right*, Allen Wood (ed.). Cambridge, Cambridge University Press.
- Hughes, Justin, 1988: “The Philosophy of Intellectual Property”. *Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal*, núm. 77.
- Kinsella, Stephan, 2001: “Against Intellectual Property”. *Journal of Libertarian Studies*, vol. 15, núm. 2, pp. 1-53.
- Leval, Pierre N., 1994: “Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter’s Rescue of Fair Use, 13”. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, núm. 19, 19.
- Lipszyc, Delia y Carlos A. Villalba, 2009: *El derecho de autor en la Argentina*, 2a. ed. actualizada. Buenos Aires, La Ley.
- Locke, John, 1689: *Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown. The Latter Is an Essay Concerning The True Original, Extent, and End of Civil Government*. Citado por la traducción castellana de Carlos Mellizo, 1990: *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen y fin del gobierno civil*. Madrid, Alianza.

- Moore, Adam, 2011: “Intellectual Property”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <<http://plato.stanford.edu/>>.
- Netanel, Neil Weinstock, 2011: “Making Sense of Fair Use”. *Lewis and Clark*, vol. 15, núm. 3, pp. 715-771.
- Nozick, Robert, 1974: *Anarchy, State and Utopia*. Nueva York, Basic Books.
- Palmer, Tom G., 1990: “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, núm. 3, pp. 817-865.
- Rand, Ayn, 1967: “Patents and Copyrights”, en *Capitalism: The Unknown Ideal*. Nueva York, New American Library.
- Samuelson, Pamela, 2012: “The Quest for a Sound Conception of Copyright’s Derivative Work Right”. *Georgetown Law Journal*, vol. 101, núm 6.

Recepción: 04/05/2014

Revisión: 13/07/2014

Aceptación: 18/08/2014