



## Examinando atentamente los derechos del usuario\*

ABRAHAM DRASSINOWER\*\*

Sumario: I. Introducción II. Originalidad: Autores como usuarios III. Uso equitativo: Usuarios como autores IV. Navegación por Internet: Uso legítimo autoral V. Examinando atentamente los derechos del usuario.

### I. INTRODUCCIÓN

La reciente decisión de la Corte Suprema de Canadá, *CCH Canadian Limited vs. Law Society of Upper Canada*<sup>1</sup>, se considera amplia y justificadamente como una decisión que provocará un cambio realmente fundamental en la forma en que se debe comprender y practicar la ley canadiense del derecho de autor<sup>2</sup>. Una de las razones por la cual tal decisión es importante es su afirmación de los “derechos del usuario” (*user rights*) como un concepto integral de la ley del derecho de autor. En la opinión de la Corte, los derechos del usuario son tan centrales para la ley del derecho de autor, como lo son los derechos

\* Esta es una traducción de Etelle Boles del artículo original del autor titulado “Taking User Rights Seriously” inicialmente publicado en *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Michael Geist, editor, (Toronto: Irwin, 2005), 462. La licencia de Creative Commons que gobierna la reproducción del artículo, así como el texto original inglés del mismo, se encuentran en [http://209.171.61.222/PublicInterest/three\\_2\\_DRASSINOWER.htm](http://209.171.61.222/PublicInterest/three_2_DRASSINOWER.htm).

\*\* Quisiera agradecer a Chris Essert, Richard Owens, Alexander Stack, Arnold Weinrib, Ernest Weinrib, y Agustín Waisman por las útiles discusiones durante la elaboración de este artículo. También quisiera agradecer al Centre for Innovation Law and Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y al Social Sciences and Humanities Research Council of Canada por su respaldo en la finalización de este artículo.

1 *CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, <[www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2004/vol1/html/2004scr1\\_0339.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2004/vol1/html/2004scr1_0339.html)>, [2004] 1 S.C.R. 339 [CCH op. cit. S.C.R.].

2 Ver GERVAIS, Daniel J. “Canadian copyright law post-CCH” (2004) 18 IPJ 131, <[www.commonlaw.uottawa.ca/faculty/prof/dGERVAIS/Westlaw\\_Document\\_15\\_08\\_57\\_2800.pdf](http://www.commonlaw.uottawa.ca/faculty/prof/dGERVAIS/Westlaw_Document_15_08_57_2800.pdf)>; RIMMER, Matthew. “Canadian Rhapsody: Copyright Law and Research Libraries” (2004) 35 AARL 193; SCASSA, Teresa. “Recalibrating Copyright Law? A Comment on the Supreme Court of Canada’s Decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*” (2004) 3 CJLT 89. SOOKMAN, Barry B. “CCH: A Seminal Canadian Case on Originality and the Fair Dealing Defence” (2004) 18 BNA WIPR 08, <[http://mccarthy.ca/pubs/publication.asp?pub\\_code=1592](http://mccarthy.ca/pubs/publication.asp?pub_code=1592)>; GEIST, Michael. “Low-Tech Case Has High-Tech Impact”. En: *Law Bytes Toronto Star*, marzo 22, 2004, <[www.lawbytes.com/resc/html\\_bkup/mar222004.html](http://www.lawbytes.com/resc/html_bkup/mar222004.html)>.

del autor. *CCH* por lo tanto afirma la centralidad irreducible del dominio público en la jurisprudencia canadiense del derecho de autor.

En ausencia de una visión normativa es inconcebible un cambio legal informado. Con este concepto en mente, este artículo ofrece una interpretación de la centralidad del dominio público en la jurisprudencia canadiense del derecho de autor. El artículo desarrolla esta interpretación en términos de cuatro ejes distintos y, a la vez, relacionados. Primero, trataré el papel del dominio público en la formación misma del derecho del autor a través del requisito de la “originalidad” (*originality*). Segundo, examinaré el papel del dominio público en la limitación del alcance del derecho del autor a través de la defensa del “uso equitativo” (*fair dealing*), considerada por algunos, como el derecho del usuario “por excelencia”<sup>3</sup>. Tercero, esbozaré las formas en las cuales el concepto de los derechos del usuario cataliza una profundización de nuestro concepto del agravio en juego en la ley del derecho de autor –es decir, del daño en el cual se concentra la Ley del Derecho de Autor<sup>4</sup>. Esta interpretación respalda una manera de entender la legitimidad de reproducciones incidentales durante la “navegación” por Internet como un derecho del usuario. Y cuarto, a manera de conclusión, describo brevemente una visión del objetivo de la ley del derecho de autor en la cual la centralidad de los derechos del usuario es completamente no negociable.

## II. ORIGINALIDAD: AUTORES COMO USUARIOS

En *CCH*, la Corte Suprema se propone determinar el significado de la originalidad en la ley canadiense del derecho de autor. Enfrentada a una batalla entre dos escuelas opuestas respecto al significado de la originalidad, las escuelas del “sudor de la frente” (*sweat of the brow*) y de la “creatividad” (*creativity*<sup>5</sup>), la Corte se niega a tomar partido en el debate. En lugar de ello, plantea un tercer punto de vista, para el cual el requisito de la originalidad se trata de “talento y juicio” (*skill and judgment*). La Corte formula su rechazo a tomar partido por una de las dos escuelas desde el punto de vista de que el objetivo expresado de la ley del derecho de autor es un “equilibrio” entre promover el interés público y obtener una recompensa justa para el creador. Por lo tanto, mientras que la escuela del sudor de la frente no logra obtener la aprobación de la Corte, porque es vista como apoyando una norma demasiado centrada en el autor, la escuela de la creatividad falla porque su norma es considerada demasiado centrada en el público. La Corte presenta su propia norma de “talento y juicio” como una norma “con la que se puede trabajar y es justa”, encontrándose en el medio, realmente en sintonía con el doble objetivo de la ley del derecho de autor en su totalidad.<sup>6</sup>

3 Ver GERVAIS, nota anterior 2 en 155.

4 Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, <<http://laws.justice.gc.ca/en/C-42/>>.

5 Sobre la lucha entre las escuelas del sudor de la frente y la creatividad, ver DRASSINOWER, Abraham. “Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law” (2004) 1 UOLTJ 105, <[http://web5.uottawa.ca/techlaw/resc/UOLTJ\\_1.1&2.doc%205%28DRASSINOWER%29.pdf](http://web5.uottawa.ca/techlaw/resc/UOLTJ_1.1&2.doc%205%28DRASSINOWER%29.pdf)> [DRASSINOWER, “On Originality”].

6 *CCH*, nota anterior 1 en párrafo. 24.

Aunque se han observado ambigüedades importantes con respecto a la diferencia entre la norma de talento y juicio de la Corte y la norma de la creatividad<sup>7</sup>, pocos dudarían que *CCH* representa un rechazo inequívoco de la norma del sudor de la frente, una norma que muchos consideran como la norma tradicional anglocanadiense<sup>8</sup>. Este rechazo del enfoque tradicional de la originalidad es un elemento clave del rango de la decisión como una afirmación histórica del papel dominante del dominio público en la ley del derecho de autor.

No hay necesidad de permitir que entusiasmos respecto a la decisión, sin embargo, obstaculicen reconocimiento del hecho de que el enfoque tradicional de la originalidad nunca careció completamente de simpatía hacia el dominio público. El caso clásico de *University of London Press v. University Tutorial Press*<sup>9</sup>, por ejemplo, define la originalidad en el siguiente pasaje muy citado:

La palabra “original”, en esta conexión, no significa que la obra debe ser la expresión de un pensamiento original o inventivo. Las Leyes del Derecho de Autor no están interesadas en la originalidad de las ideas, sino en la expresión del pensamiento y, en el caso de “obras literarias”, en la expresión del pensamiento en forma impresa o escrita. La originalidad que se requiere está relacionada con la expresión del pensamiento. Pero la Ley no requiere que la expresión deba estar en un formato original o novedoso, sino que la obra no haya sido copiada de otra obra – que se haya originado del autor<sup>10</sup>.

Originalidad es literalmente una cuestión de origen, de fuente. Es por eso que la originalidad no tiene nada que ver con novedad o unicidad. La pregunta en el centro de todo caso de originalidad no es “¿es esto nuevo o único?” Al contrario, la pregunta es “¿de dónde vino esto?” o “¿proviene o se ha originado del autor?” Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, existe originalidad, aún si la obra en cuestión es idéntica a una obra ya existente. Es totalmente posible que una obra sea original para los fines del derecho de autor, y al mismo tiempo, idéntica a una obra ya existente<sup>11</sup>. Esto se debe, como lo enseña *University of London Press*, a que la originalidad no se trata de la relación de la obra con otras obras, sino de la relación entre el autor y la obra. Lo que un demandante debe demostrar no es que su obra sea nueva o única, sino que él ha sido el autor de la misma, que no la ha copiado de otra obra.

7 Ver DRASSINOWER. “On Originality,” nota anterior 5 en 123; GERVAIS, nota anterior 2, en 7; SCASSA, nota anterior 2 en 91.

8 Ver, por ejemplo, SIEBRASSE, Norman. “Copyright in Facts and Information: Feist is Not, and Should Not Be the Law in Canada” (1994) 1 *CIPR*. 191.

9 *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Cap. D. 601 [University of London].

10 *Ibid.* at 608–9.

11 Esto se conoce como la defensa de la creación independiente. Consideremos el famoso dictamen del Juez Learned Hand en *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49 (2d Cir, 1936) at 54: “si, por magia, una persona que jamás lo hubiese conocido, compusiera nuevamente la Oda de Keats sobre la “Grecian Urn”, éste sería un “autor”, y si lo registrara, otros no podrían copiar ese poema, aunque podrían, por supuesto, copiar el poema de Keats.” Ver también David VAVER. *Copyright Law* (Toronto: Irwin Law, 2000) en pp. 57–58.

Este rechazo de la novedad como norma adecuada contiene una lección sobre la ley del derecho de autor que es a menudo olvidada. Aunque la ley del derecho de autor nos dice que el autor no puede *copiar* de otras obras, la ley del derecho de autor nos dice que el autor puede, no obstante, *inspirarse* en otras obras. Puede sacar su inspiración de otras obras, ser estimulado y alentado por las mismas, nutrirse, si es posible, con su substancia, usarlas como puntos de partida o quizás, hasta tratar y lograr de volver a expresar, en sus propias palabras, los mismos pensamientos que hubiese encontrado en las obras de otros<sup>12</sup>. La ausencia de un requisito de novedad significa que ninguna de esas actividades impide la originalidad del autor desde el punto de vista de la ley del derecho de autor. Lo que importa no es que el autor diga algo nuevo, pero que lo diga en su propia voz. Por lo tanto, por ejemplo, en *University of London Press*, el haber extraído del banco común de conocimiento disponible para los matemáticos, no impidió la originalidad de los exámenes de admisión compuestos por el Profesor Lodge y el Sr. Jackson<sup>13</sup>.

Podemos y debemos deducir de todo esto que la ley del derecho de autor no considera al autor como alguien que surge de la nada con algo radicalmente nuevo. La norma no es una norma de creación *ex-nihilo*. Por el contrario, el autor puede inspirarse, y de hecho, se inspira en las obras de otros. Él usa obras ya existente como su propio material. El autor no se encuentra aislado del mundo en el que vive y del cual extrae su alimento intelectual. La ley del derecho de autor ve al autor como un ente continuamente envuelto en un diálogo con el mundo en general, y, por supuesto, con otras obras que pueblan ese mundo. Comprende que los autores están inmersos en una cultura que los nutre y que influye sobre ellos, y de la cual ellos derivan su propia voz. La originalidad no es en sí una prohibición de copiar – se puede entender con mayor precisión como una distinción entre la copia permisible y la copia no permisible, entre inspirarse en algo y copiar algo, entre decir algo en palabras propias y simplemente repetir palabras ajenas.

Una vez que comprendemos el requisito de originalidad bajo esta perspectiva, y vemos al autor no solamente como productor o creador, sino que simultáneamente como usuario de otros materiales pre-existentes, como un arquitecto más que un fabricante, entonces podemos entender otra lección importante sobre la ley de los derechos de autor. La ley del derecho de autor no es sólo una ley sobre los derechos de los autores, también es una ley

12 Esta posibilidad de volver a expresar pensamientos derivados de la obra de otros en nuestras propias palabras, ilustra la dicotomía de la idea/expresión, lo cual indica que la ley del derecho de autor protege las expresiones pero no las ideas, la forma en que el pensamiento se expresa, pero no la substancia del pensamiento en sí. Para una discusión al respecto, ver DRASSINOWER, Abraham. "A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law" (2003) 16 *Can. J. L. & Jur.* 1 [DRASSINOWER, "A Rights-Based View"].

13 *University of London*, nota anterior 9 en 609. En *University of London*, la originalidad de los exámenes de admisión compuestos por el Profesor Lodge y el Sr. Jackson está en tela de juicio. La Corte afirmó, entre otros, que el hecho de que los autores "se inspiraron en el banco de conocimiento conocido por los matemáticos", de ninguna manera impedía una conclusión de originalidad. "El Profesor Lodge y el Sr. Jackson demostraron que ellos habían planeado cuidadosamente las preguntas que establecieron, y que habían tomado notas para preguntas futuras, y se inspiraron en esas notas para los fines de las preguntas que establecieron. Los trabajos que ellos prepararon provenían de ellos mismos y, dentro del significado de la Ley, eran originales."

sobre los derechos de los usuarios. Generalmente, esta proposición se capta diciendo que la ley del derecho de autor se trata del “equilibrio” que se debe lograr entre los derechos de los autores y las reivindicaciones competidoras del interés público en el flujo de información y de ideas, en los diálogos continuos que forman la sustancia de nuestro conocimiento y de nuestra cultura. Sin embargo, es importante agregar inmediatamente, que el equilibrio en cuestión no se trata tanto de invocar el interés público como una “baza” que priva al autor de los derechos que de otro modo tendría, sino de tratar de considerar que el autor es, de por sí, un usuario, y que, por lo tanto, los derechos de los usuarios no son tanto excepciones a los derechos del autor, sino que, en realidad, son aspectos centrales de la ley del derecho de autor que están inextricablemente arraigados en la autoría misma. La autoría es, de por sí, un modo de uso. Es por eso que para la formulación del requisito de originalidad, aún en los términos de una decisión tradicional clásica, como *University of London Press*, ya se involucra, inevitablemente, el problema de la relación entre el autor y el público, entre creadores y usuarios. Al respecto, *CCH* es una decisión histórica, no porque es innovadora, sino porque pone de manifiesto la inherente presencia del público en la formación misma del derecho del autor. La invocación de los derechos del usuario como elemento central de la ley de los derechos de autor, es también una evocación del autor como usuario – una afirmación de la intertextualidad de la creación.

### III. USO EQUITATIVO: USUARIOS COMO AUTORES<sup>14</sup>

En *CCH*, la Corte Suprema ofrece una interpretación de la defensa del uso equitativo. En este aspecto de la decisión que formula explícitamente el concepto de los derechos del usuario. El siguiente pasaje ilustra tanto la letra como el espíritu de la posición de la Corte:

*Antes de examinar el alcance de la excepción del uso equitativo conforme a la Ley del Derecho de Autor, es importante aclarar ciertas consideraciones generales sobre las excepciones a la violación de los derechos de autor. En materia de procedimiento, un demandado debe demostrar que su uso de una obra es equitativo; sin embargo, la excepción del uso equitativo quizás se pueda entender mejor como una parte integral de la Ley del Derecho de Autor y no simplemente como una defensa. Todo acto que caiga dentro de la excepción del uso equitativo, no será una violación de los derechos de autor. La excepción del uso equitativo, al igual que otras excepciones en la Ley del Derecho de Autor, es un derecho del usuario. Para poder mantener el equilibrio correcto entre los derechos de un propietario de derechos de autor y los intereses de los usuarios, no se puede interpretar en forma restrictiva<sup>15</sup>.*

En otras palabras, la defensa del uso equitativo, que especifica los usos permisibles de las obras con derecho de autor, aún en ausencia del consentimiento del propietario de

14 Esta sección contiene párrafos que siguen con exactitud el texto de partes del trabajo de Abraham DRASSINOWER, “Notes on the Public Domain”. En: *Intellectual Property Law*. Volumen 15 Molengrafica Series, Intersentia Publishers, Antwerpen, (próxima aparición 2005).

15 *CCH*, nota anterior 1 en párrafo 48.

tales derechos, se debe entender y utilizar, no en forma negativa, como una simple excepción, sino más bien en forma positiva, como un derecho del usuario integral a la ley del derecho de autor.

La afirmación de la Corte de la calidad integral de los derechos del usuario se expresa dentro y a través de la visión familiar de la ley del derecho de autor como un equilibrio entre “dos objetivos”: por una parte, el de promover el interés público y, por la otra, el obtener una recompensa justa para el creador.<sup>16</sup> Desde el punto de vista de la Corte, el enfoque tradicional del uso equitativo como una simple excepción, no responde al equilibrio adecuado. Confirma el dominio del autor a expensas del público. Por lo tanto, la visión de la ley del derecho de autor como un sistema de doble objetivo preside sobre una integración de los derechos del usuario que trata de restablecer el equilibrio perdido en dicha ley.

No obstante, la simple afirmación de que la ley del derecho de autor es un sistema de doble objetivo, no es suficiente, por sí misma, para lograr la deseada tarea de integración. En ausencia de un esclarecimiento del principio de unificación que mantienen al autor y al público unidos, definitivamente no queda claro que el derecho de autor sea un “sistema” en sí. La cuestión es cómo comprender que el derecho de autor es una cosa con doble objetivo, en lugar de dos cosas que se han puesto juntas en el mismo lugar sin razón aparente. El esclarecimiento no se concentraría en el autor ni en el público, sino en las condiciones para la posibilidad de un “equilibrio” que los enlace como aspectos de un solo sistema.

El dominio del autor y del público –los derechos del autor y del usuario– entonces aparecerían como componentes de una unidad singular y a la vez diferenciada.

Es posible sugerir, que la palabra “integral” en *CCH* significa simplemente que, contrariamente a muchas decisiones anteriores de la jurisprudencia canadiense,<sup>17</sup> las disposiciones del uso equitativo se deben interpretar de manera liberal y generosa. A lo largo de estas líneas, lo que *CCH* requiere no es algo tan grandioso y desconcertante como una reducción del autor y del público a un principio único, sino una afirmación pragmática de la dimensión pública de la ley del derecho de autor en el contexto de un historial de abandono. Sin embargo, en ausencia del principio que los integre, los derechos del autor y los derechos del usuario continuarían siendo excepciones mutuas y no aspectos de una visión integradora e integrada. Es decir, los derechos del autor y del usuario permanecerían simplemente como impulsos opuestos que se mantendrían unidos por nada más que la insistencia pertinaz de que, en realidad, son partes constitutivas de un sistema de doble objetivo curiosamente desprovisto de un principio animador.

Las singularidades de la situación resultante se pueden describir de la manera siguiente. Por una parte, debido a que se referiría a consideraciones que son externas a

16 *Ibid.*, en párrafo 10, citando *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, <[www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2002/vol2/html/2002scr2\\_0336.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2002/vol2/html/2002scr2_0336.html)>, [2002] 2 S.C.R. 336, párrafos 30–31.

17 Ver, por ejemplo, *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 F.C. 306, <[www.canlii.org/ca/cas/fct/1996/1996fct10133.html](http://www.canlii.org/ca/cas/fct/1996/1996fct10133.html)> (T.D.) en párrafo 65 (Las disposiciones del uso equitativo “deberían interpretarse restrictivamente como excepciones”).

la autoría misma, la defensa del uso equitativo –y por lo tanto, los derechos del usuario– permanecería siendo una excepción a las operaciones normales de la ley del derecho de autor. Por otra parte, debido a que el uso equitativo se postularía, al mismo tiempo, no como una simple excepción, sino como una dimensión irreducible e interna de la ley del derecho de autor, la condición de los derechos del usuario como simples excepciones sería intolerable. Por lo tanto, con el fin de afirmar y reconocer el papel constitutivo de la defensa, nos veríamos obligados a afirmar que los derechos del autor en sí, deberían ser captados como una excepción a las operaciones normales de los derechos del usuario. El resultado final inevitable sería que el logro de la Corte Suprema en *CCH* se vería reducido al nivel de la orquestación de una batalla furiosa de excepciones en búsqueda de una norma ausente.

Por lo tanto, es difícil evitar la conclusión de que la aspiración integradora de la Corte abre la posibilidad de captar los derechos del usuario como una incidencia de la autoría misma. Por supuesto, no hay necesidad de contemplar esa conclusión con aprensión, como si fuera un tipo de esfuerzo subrepticio de amortiguar la reivindicación del dominio público, ligando sus operaciones a aquellas de la autoría. Por el contrario, la afirmación del papel constitutivo y limitador del dominio público procede aún con mayor efectividad cuando constriñe la autoría internamente.

Las disposiciones del uso equitativo en la Ley Canadiense del Derecho de Autor permiten reproducciones substanciales que, de otro modo, hubiesen sido una violaciones, siempre y cuando dichas reproducciones sean para fines de investigación (*research*), estudio privado (*private study*), crítica (*criticism*), examen (*review*), o reportaje de noticias (*news reporting*)<sup>18</sup>. Sin embargo, no todos los actos de reproducción para estos fines permisibles cumplen con los requisitos de la defensa. Los actos de reproducción en cuestión deben ser para uno de los fines permisibles, pero también deben ser “equitativos”. La determinación inicial de que el uso de la obra del demandante por parte del demandado recae dentro de los fines especificados en el estatuto, da lugar a una investigación para determinar si el uso es equitativo. Esta determinación pertinente a si el uso es equitativo se realiza mediante el examen de varios factores relacionados con el uso, incluyendo, según la formulación de la Corte Suprema en *CCH*, la naturaleza del uso, la cantidad del uso, las alternativas al uso, la naturaleza de la obra del demandante, y el efecto del uso sobre la obra<sup>19</sup>.

Hablando en general, estos factores regulan una determinación de si el uso es razonablemente necesario para su objetivo. La equidad del uso es evaluada con relación al objetivo que se haya usado para justificar tal uso. Por lo tanto, por ejemplo, la cantidad de uso permitida varía según el objetivo invocado<sup>20</sup>. Lo que se considera equitativo, para fines

18 *Copyright Act*, nota anterior 4, ss. 29 (investigación o estudio privado), 29.1 (crítica o examen), & 29.2 (reportaje de noticias).

19 *CCH*, nota anterior 1 en párrafos 53-60.

20 *20 Beloff v. Pressdram Ltd. y otro*, [1973] 1 All E.R. 241, [1973] F.S.R. 33 (Cap. D.) en 61 F.S.R. (la “equidad [del uso] se debe juzgar con relación al objetivo”).

de investigación o de estudio privado, puede no serlo para fines de crítica o de examen<sup>21</sup>. La cantidad de uso permitida no es en realidad una categoría cuantitativa. Lo que está en juego no es una proporción permisible de la obra del demandante (es decir, cuánto se reprodujo de la obra del demandante) o de la obra del demandado (es decir, cuánto de la obra del demandado está compuesto por material reproducido)<sup>22</sup>. La cantidad equitativa es, más bien, una relación entre lo que se reprodujo y el objetivo de la reproducción. Un uso equitativo es un uso razonablemente necesario para su objetivo. Por lo tanto, lo que transforma una reproducción que, de otro modo, sería una violación, en un ejercicio legítimo del derecho de un usuario, no es nada más que la correspondencia entre la reproducción y su objetivo (permisible).

La defensa del uso equitativo, entonces permite que el demandado establezca que, a pesar de la apariencia de violación que surge del acto de reproducción substancial por parte del demandado, la obra del demandado es, después de todo, su propia obra, y no es realmente una copia de la obra del demandante. Una conclusión de uso equitativo significa, precisamente, que el acto de reproducción substancial que da lugar a la investigación respecto a la naturaleza equitativa del uso, se demuestra insuficiente para concluir que una violación ha ocurrido. La defensa le da la oportunidad al demandado para que demuestre que su reproducción substancial de la obra del demandante no invalida su propia autoría. El uso equitativo afirma la proposición de que cuando se responde a la obra de otra persona en la obra propia, ésta última no es menos propia. Por lo tanto, el demandado que presenta con éxito la defensa del uso equitativo, es un autor por cuenta propia<sup>23</sup>. Es

21 *CCH*, nota anterior 1 en párrafo 56 (“Por ejemplo, para el fin de investigación o de estudio privado, puede ser fundamental que se deba copiar un artículo académico en su totalidad o una decisión judicial en su totalidad. Sin embargo, si una obra de literatura se copia con fines de hacer una crítica, no sería justo incluir una copia entera de la obra en la crítica”). También ver *VAVER*, nota anterior 11 en 192.

22 Según lo indica la Corte, “es posible usar equitativamente una obra entera.” Ver *CCH*, nota anterior 1 en párrafo 56.

23 Ver, por ejemplo, *PARCHOMOVSKY*, Gideon. “Fair Use, Efficiency and Corrective Justice” (1997) 3 *Legal Theory* 347 en 371 (“sólo los autores, pero no los imitadores, deberían tener derecho al privilegio del uso equitativo.”). En la legislación americana del uso equitativo, el requisito de que la obra del demandado sea “transformadora”, implica que el demandado debe actuar como un autor. Ver *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994) en 579 [*Campbell*] (sosteniendo que el análisis del uso equitativo pregunta “sí, y hasta qué punto, la nueva obra es ‘transformadora’”). Para una discusión sobre el papel central de la transformación en el uso equitativo, ver Melville B. *NIMMER* & David *NIMMER*, *Nimmer on Copyright*, (San Francisco and Newark: Matthew Bender & Co., Edición 65, Diciembre 2004) vol. 4 § 13.05[A][1][b]. *SCASSA* y *GERVAIS* ambos señalan similitudes resultantes entre el uso equitativo americano (“fair use”) y el uso equitativo canadiense (*fair dealing*), según lo establecido en *CCH*. Ver *GERVAIS*, nota anterior 2 en 159; *SCASSA*, nota anterior 2 en 96. No hay duda alguna, por supuesto, de que *CCH* se trataba sobre *fotocopias* y de que la institución demandada que hizo las fotocopias no estaba transformando nada en sí, y no estaba involucrada en ninguno de los fines permisibles del uso equitativo enumerados en la Ley Canadiense del Derecho de Autor. Tampoco hay duda, sin embargo, de que en *CCH*, la Corte Suprema de Canadá, inequívocamente mantuvo en el párrafo 62 que la Gran Biblioteca podía respaldarse en los fines de sus clientes para demostrar que sus usos eran equitativos. Por lo tanto, en el párrafo 64, la Corte concluyó que “Cuando el personal de la Gran Biblioteca toma copias de los casos solicitados, los estatutos, extractos de textos legales y comentarios legales, lo hace para fines de investigación.” Es importante señalar además, que, anteriormente en su decisión, durante su afirmación, en el párrafo 51, de que la investigación permi-

como autor que el demandado es usuario equitativo. De manera que este es el punto: el uso equitativo es el derecho de un usuario y no una simple excepción, porque surge de y se afirma en el mismo principio que origina el derecho del demandante. De hecho, sería excepcional que el demandante afirmara su propia autoría de manera incongruente con la autoría del demandado.

Expuesto audazmente, esto significa que, cualquier otra interpretación del concepto de los derechos del usuario desagradaría la aspiración integradora de la Corte, reduciéndola a un mero episodio adicional en la batalla de las excepciones que la Corte está buscando estabilizar y superar. Es más, en la medida en que el uso equitativo está predicado en la autoría propia del demandado, las disposiciones del uso equitativo deberían ser corregidas para dejar claro que las categorías enumeradas (es decir, crítica y examen, reportaje de noticias e investigación y estudio privado) no son exhaustivas sino ilustrativas de un principio más alto de autoría que se aplica igualmente a ambas partes. De hecho, ese principio es el que contiene y revela la conexión interna entre los derechos del autor y los derechos del usuario como aspectos de un sistema de doble objetivo.

La razón por la cual el uso equitativo afirma la libre disponibilidad de la expresión de otros sólo cuando tal expresión es razonablemente necesaria para la propia, es que la “equidad” del uso equitativo funciona en forma bilateral. El uso equitativo tiene que ser equitativo tanto para el demandante como para el demandado. Y no podríamos concebir “equidad” de ninguna otra manera. Esto significa que el uso equitativo tiene que imponer limitaciones no sólo sobre los derechos de autor del demandante, sino también sobre los tipos de usos que el demandado puede hacer de la obra del demandante. Por lo tanto, el demandado puede usar legítimamente la obra del demandante sólo cuando el fin de tal uso involucra la autoría del demandado y sólo hasta el punto en que tal fin lo requiera razonablemente. Si el uso equitativo es “equitativo” en el sentido de ser congruente en forma bilateral con la autoría de cada una de las partes, entonces los fines permisibles deben comprenderse de esta manera en su doble significado, como fines que, por una parte, permiten que el demandado pueda disponer libremente de la obra del demandante, y por otra parte, especifiquen las condiciones que limiten tal disponibilidad. El uso equitativo afirma el derecho de usuario del demandado, mientras que preserva el derecho de autor del demandante. Esta es la razón por la cual los fines del uso equitativo permiten ciertas copias, pero no legitiman todas o cualquier copia. La equidad del uso funciona como un reconocimiento equilibrado de las reivindicaciones equivalentes de las partes como autores. Afirma y mantiene el principio más alto de autoría al que ambas partes apelan y al cual ambas partes se deben someter.

La interpretación de los usuarios como autores que surge del análisis del uso equitativo no es, por tanto, nada más que la contrapartida de la interpretación, igualmente necesaria, del autor como usuario que surge del análisis de la originalidad. Toda autoría está entre-

---

sible en virtud de la disposición del uso equitativo no se limita a “contextos no-comerciales o privados,” la Corte Suprema citó, con aprobación, la caracterización de la Corte de Apelaciones de la investigación en cuestión, como “investigación con el fin de asesorar a los clientes, dar opiniones, argumentar casos, preparar informes y facta ....”

cruzada con las obras de otros<sup>24</sup>. Precisamente porque su propia obra original presupone la intertextualidad de la creación, el derecho del demandante a su reproducción exclusiva no incluye el derecho exclusivo de referirse o de responder a su propia obra. El uso equitativo garantiza la viabilidad de este entrecruce creativo, asegurando la libre disponibilidad de la expresión de otros, cuando es razonablemente necesaria para la propia. La originalidad y el uso equitativo son fundamentalmente continuos ya que, aunque en sentidos diferentes, ambos manifiestan una insistencia en afirmar la intertextualidad de la creación como el campo donde se cultiva y donde tiene necesariamente que cultivarse la voz propia.

#### IV. “NAVEGACIÓN POR INTERNET”: USO LEGÍTIMO NO AUTORAL

Se podría sospechar, comprensiblemente, que la interpretación del uso equitativo como un derecho del usuario predicado sobre la propia autoría del usuario no es suficientemente amplia como para capturar variedades de uso que, aún en forma intuitiva, parecen necesarias para un dominio público vibrante. En otras palabras, ¿en qué forma, si la hay, podría la explicación que antecede, tratar a los usuarios que no son también autores? Bien podría darse el caso de que los usos no autorales o de mero consumo, deberían considerarse como violaciones. Aún así, la cuestión es si la explicación que antecede del principio de autoría puede darle legitimidad a *alguno* de esos usos.

La cuestión es especialmente interesante en lo que respecta al encuentro tan promovido entre la ley de los derechos de autor y los medios y la tecnología digitales. El siguiente pasaje de *Digital Copyright* de Jessica LITMAN<sup>25</sup> condensa el tema adecuadamente:

Actualmente, la realización de reproducciones digitales es un incidente inevitable de leer, ver, escuchar, aprender, compartir, mejorar y volver a usar las obras plasmadas en los medios digitales. La centralidad del copiar para el uso de la tecnología digital es precisamente la razón por la cual la reproducción ya no es más una forma adecuada de medir la violación<sup>26</sup>.

No puede existir ninguna duda de que es difícil permanecer indiferente ante la sugerencia de LITMAN de que un régimen legal que, por ejemplo, considera ilegal la “navegación” por Internet (lo cual requiere la creación de copias provisionales) es un régimen legal que requiere revisión radical. Más aún, en la medida en que tal revisión requeriría deshacerse de la copia o la reproducción como el derecho fundamental del derecho de autor, tal revisión involucraría la abolición del derecho de autor, como lo conocemos. La tesis de LITMAN es que, en el mundo digital, el “equilibrio” del derecho de autor ya no es adecuadamente servido por la aplicación del concepto de reproducción. Por lo tanto, cualquiera que sea el concepto que surja en su lugar, tendría mucha dificultad en justificar el uso del término

24 Ver, por ejemplo, LITMAN, Jessica. “The Public Domain” (1990) 39 *Emory LJ* 965.

25 LITMAN, Jessica. *Digital Copyright* (Amherst: Prometheus Books, 2001) [LITMAN, *Digital Copyright*]. Para un examen del libro de LITMAN, ver GINSBURG, Jane. “Can Copyright Become User-Friendly? Essay Review of Jessica LITMAN, *Digital Copyright*” (2001) 25 *Columbia JL & The Arts* 71, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=288240](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=288240)>.

26 LITMAN. *Digital Copyright*, nota anterior 25 en 178.

“derecho de copia” (*copy-right*) para describir el régimen legal que organizaría<sup>27</sup>. Uno podría decir que la interesante reflexión de LITMAN ha sido diseñada conscientemente para demostrar que la frase que sirve como su título –es decir “derecho de copia digital” (*digital copyright*)– es un oxímoron.

En mi opinión, el punto de LITMAN es que el derecho de autor (*copyright*) no es adecuado para regular el mundo digital, porque el concepto fundamental de la reproducción no puede, en sus propios términos, distinguir entre los usos que son incompatibles con el equilibrio del derecho de autor y los usos que son compatibles con tal equilibrio. La tecnología digital quiebra la continuidad entre la teoría del derecho de autor y su doctrina, de manera que el concepto de la reproducción, ya no separa adecuadamente el uso que representa una violación del que no lo representa. Aplicado al entorno digital, el derecho de reproducción les otorga a los propietarios el derecho exclusivo de ver sus obras cuando ese acto de ver requiere –como sucede en el caso de la “navegación”– la creación de copias provisionales. Por lo tanto, insistir en la reproducción como categoría central de organización de la ley del derecho de autor, es perturbar el equilibrio del derecho de autor, otorgándoles a los propietarios un nuevo control de acceso sin precedentes a las obras protegidas por el derecho de autor<sup>28</sup>. Sería como si los propietarios de los derechos de autor hubiesen obtenido el derecho de cobrar una cuota cada vez que uno hojea las páginas de un libro.

La proposición de que la centralidad del copiar para la tecnología digital requiere una revisión radical de la ley del derecho de autor presume, sin embargo, que, desde el punto de vista estrictamente legal, la reproducción y la violación son categorías equivalentes. Pero, simplemente, ese no es el caso. La fuerza de la insistencia de la Corte Suprema de Canadá de que el uso equitativo es un derecho del usuario, y no una simple excepción, es aún más visible en este punto. Formulada como un derecho del usuario, lo que el uso equitativo demuestra no es que ciertas reproducciones deberían ser de algún modo u otro excusadas como excepciones, sino que –y más profundamente– la reproducción no es de por sí improcedente. La reproducción y la violación son difícilmente categorías equivalentes. La existencia misma de la defensa del uso equitativo es prueba suficiente de esa proposición. Es decir, el copiar no llega a capturar la naturaleza del agravio en la ley del derecho de autor.

Regresar a la defensa del uso equitativo a esta altura nos ayudaría a profundizar nuestra apreciación de la naturaleza del agravio en el derecho de autor, y por lo tanto del concepto de los derechos del usuario y de las posibilidades de aplicar ese concepto al ejemplo paradigmático de la “navegación” por Internet<sup>29</sup>. El punto de partida es la

27 27 *Ibíd.*, en 180.

28 Para una interpretación diferente de la relación entre el derecho de reproducción e Internet, ver SPOOR, Jaap H. “The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?”. En: P. Bernt Hugenholtz, ed., *The Future of Copyright in a Digital Environment* (The Hague: Kluwer Law International, 1996) en la p. 67.

29 Los siguientes comentarios sobre el uso equitativo contienen párrafos que siguen con exactitud el texto de partes de DRASSINOWER, “Notes,” nota anterior 14.

observación de que si continuamos pensando en el agravio en cuestión como un problema en torno al copiar (es decir, a la reproducción substancial), entonces nos obstaculizamos la comprensión del uso equitativo como un derecho del usuario. Porque una vez que suponemos que “copiar” es incorrecto, ya hemos supuesto que la defensa del uso equitativo no es nada más que una excepción, una suspensión de las operaciones normales de la ley del derecho de autor. Por lo tanto, la proposición que el uso equitativo es un derecho del usuario tiene que producir una profundización de nuestro entendimiento de la naturaleza misma del agravio en la ley del derecho de autor. Esta profundización tiene, de por sí, que producir una comprensión superior de nuestro concepto de ese agravio, de manera que apreciemos que la reproducción substancial es una condición necesaria, pero no suficiente de una violación<sup>30</sup>.

Para comprender la naturaleza de este agravio, es necesario explicar el peso de la observación de que una reproducción substancial por parte del demandado no genera, automáticamente, la inferencia de que el demandado no es un autor por su propia cuenta. El hecho de que el demandado ha copiado, no significa que éste es simplemente un copión. Podríamos decir, en sentido estricto, que el uso equitativo especifica situaciones en las que, contrario a las apariencias, la caracterización del acto del demandado como una reproducción substancial es incorrecta. Es verdad, por supuesto, que estas son situaciones en las cuales el demandado ha usado la obra del demandante, y en las cuales este uso ha tomado la forma de una reproducción substancial. Pero también es verdad que en estas situaciones, el demandado no se ha puesto, por decirlo así, en el lugar del autor de la obra que ha reproducido substancialmente. Por el contrario, el demandado ha enfocado la obra del demandante desde su propio lugar como autor. Por falta de una locución más elegante, digamos que el demandado no ha abrogado para sí mismo el locus autoral del demandante. Su defensa es, después de todo, que él también es un autor.

Para presentar el mismo punto en forma diferente, la reproducción substancial en cuestión no llega a generar una conclusión de violación, porque el acto del demandado no es incongruente con la autoría del demandante, en el sentido de que equivaldría a una abrogación de la misma. Este elemento de abrogación es lo que falta para que pueda generarse una conclusión de que una infracción ha sido cometida, y esta ausencia es lo que demuestra la defensa del uso equitativo. La abrogación improcedente no ha ocurrido, porque la reproducción substancial es solamente un incidente razonablemente necesario de la propia autoría del demandado. Lo que el demandado ha hecho es referirse a la obra del demandante en su propia obra, no haber reproducido esa obra simple y llanamente.

---

30 Otra forma de expresarlo es decir que la profundización de nuestro concepto del agravio en la ley del derecho de autor —es decir, el daño enfocado por el estatuto— es la única forma posible de considerar la coexistencia de s. 3 (que afirma el derecho exclusivo de reproducción por parte del propietario del derecho de autor) y, adoptando una de las variantes del uso equitativo, s. 29.1 (que afirma que el uso equitativo para fines de crítica o de examen no es una violación del derecho de autor) de la Ley Canadiense del Derecho de Autor. Si ambas propuestas son ciertas, como tienen que serlo, entonces tiene que ser que “reproducción” (es decir, copiar) y “violación” (es decir, el agravio en cuestión) no son categorías equivalentes, y que la reproducción es necesaria pero no suficiente para sostener una violación.

El agravio en la ley del derecho de autor, entonces, es el colocarse en el locus autorial de otro sin autorización<sup>31</sup>. Una forma de comprender esto es observar que la “reproducción” no es una categoría empírica, una determinación que pueda hacerse sin más que mirar las obras, como si se tratara de buscar una porción de una parcela invadida físicamente sin autorización. Al contrario, la determinación de si el agravio requerido ha ocurrido, es también, e inevitablemente, la determinación de si la reproducción es realmente lo que parece ser: a saber, una indicación de que el demandado se ha colocado en el locus autorial del demandante. El uso equitativo no es nada más que una forma de demostrar que ese no es el caso. El punto de la defensa del uso equitativo, es precisamente el demostrar que no ha ocurrido agravio. Por lo tanto, no se necesita una excepción para excusar un supuesto agravio. La defensa demuestra que en realidad no ha habido una “copia” o una “reproducción” en el significado debidamente normativo de esos términos la ley del derecho de autor. Por lo tanto, el uso equitativo no se trata de un agravio que tiene que ser perdonado, sino del ejercicio de un derecho de responder a la expresión original de otro a través de la de uno mismo. Esa es la razón por la cual es un derecho del usuario, no simplemente una excepción a una violación de los derechos de autor. Nuevamente, *CCH* es una decisión histórica, no porque es innovadora, sino porque ofrece explícitamente dimensiones ya contenidas en la estructura de la ley del derecho de autor.

Ahora podemos desarrollar brevemente las implicaciones de este concepto de agravio en el derecho de autor, para la comprensión de la legitimidad de la navegación por Internet. Es importante señalar que, en el caso del uso equitativo, el demandado ofrece su propia autoría no como tal, sino como indicación del hecho de que no se ha puesto en el locus autorial del demandante. No es la autoría del demandado *en sí*, sino lo que dicha autoría indica, que establece la ausencia de agravio. Lo importante que se debe deducir aquí, es que aunque es cierto que el ser un autor por cuenta propia, puede servir para indicar que uno no ha abrogado el locus autorial de otro para uno mismo, no es necesariamente correcto afirmar que el ser un autor por cuenta propia es la única forma de escapar la red de la responsabilidad. Una cosa es afirmar que la legitimidad del uso equitativo, entendido como derecho del usuario, se basa en la autoría del demandado. Pero otra cosa es afirmar que los derechos del usuario *como tales* se basan en tal autoría. Por el contrario, el uso legítimo no autorial continúa siendo una posibilidad en la medida que el uso de la obra de otros en contemplación de la de uno mismo no es nada más que una instancia de una categoría más general de los derechos del usuario. De hecho, en base a eso, la navegación por Internet parece ser un ejemplo paradigmático de una situación en la cual el uso no autorial que incluye claramente una reproducción, no obstante no logra colocar al usuario en el lugar del autor. El punto es que no surge un agravio cuando la reproducción en cuestión es meramente incidental al mirar una obra de acceso público.

La propuesta de que la navegación por Internet representa un uso sin violación no es realmente un tema de controversia. El enfoque preferido de la legitimidad de la navegación, sin embargo, es un enfoque de licencia implícita que, como tal, basa la legitimidad

31 Ver KANT, Immanuel. “On the Wrongfulness of Unauthorized Publication of Books”. En: *Practical Philosophy*, traducido y editado por Mary J. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

de la navegación no en la naturaleza incidental de las reproducciones en cuestión, sino en el consentimiento del propietario del derecho de autor<sup>32</sup>. El enfoque, entonces, otorga al propietario el derecho exclusivo de navegación, pero presenta, a través del consentimiento atribuido al propietario, una razón para evitar una conclusión de violación. En contraste, el enfoque que se concentra en la naturaleza incidental de las reproducciones en cuestión se basa en el derecho del navegador de mirar material de acceso público. Es un derecho del usuario, no simplemente una excepción –autorizada o no– de la violación del derecho de autor. Por lo tanto, mientras que el enfoque centrado en una licencia implícita, más o menos esconde con éxito la brecha entre la ley del derecho de autor y la tecnología digital, el enfoque de los derechos del usuario interpreta la relevancia legal de la tecnología, desde el punto de vista de una comprensión renovada de la ley de la naturaleza del derecho y del agravio en cuestión. Debido a que se niega a otorgarle al autor el derecho exclusivo de leer su obra ya publicada, el enfoque de los derechos del usuario no necesita encontrar dentro del ámbito del derecho del autor la prerrogativa de autorizar la navegación por Internet<sup>33</sup>. La navegación es un derecho del usuario precisamente porque equivale a un uso *no autoral*<sup>34</sup>.

## V. EXAMINANDO ATENTAMENTE LOS DERECHOS DEL USUARIO

Como lo indicáramos, los análisis hechos por la Corte Suprema de las categorías de originalidad y uso equitativo en *CCH* ocurren contra el trasfondo de una declaración explícita de que el objetivo de la ley canadiense del derecho de autor es “equilibrar el interés público en promover la estimulación y la distribución de obras de arte e intelecto, y obtener una justa recompensa para el creador”<sup>35</sup>. El rechazo de la norma de originalidad del “sudor de la frente” a favor de la norma de “talento y juicio”, así como la reivindicación de los derechos del usuario en respaldo de interpretaciones amplias y liberales del uso equitativo, son realmente aspectos entrelazados de una (re-)formulación del objetivo mismo de la ley canadiense del derecho de autor.

32 Sobre la navegación y la licencia o autorización implícita, ver HANDA, Sunny. *Copyright Law in Canada* (Markham, ON: Butterworths Canada, 2002), at 292–94; SOOKMAN, Barry B. *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, looseleaf (Toronto: Carswell, 2005) at 3-213; HUGHES, Roger T. *Copyright and Industrial Design*, 2 ed. looseleaf (Toronto, Carswell, 1991) at 499. Ver también Glen A. Bloom & Thomas J. Denholm, “Research on the Internet: Is Access Copyright Infringement?” (1996) 12 *CIPR* 337.

33 He tomado la frase “un derecho exclusivo de leer” de Jessica LITMAN, “The Exclusive Right to Read” (1994), 13 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 29.

34 En *Society of Composers, Authors, and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, <[www.lexum.umontreal.ca/csc-cc/en/pub/2004/vol2/html/2004scr2\\_0427.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-cc/en/pub/2004/vol2/html/2004scr2_0427.html)>, SCC encontró, en párrafo 116, que ““La creación de ficheros cache” se ve dictada por la necesidad de brindar un servicio más rápido y económico y no debería atraer una responsabilidad de derechos de autor cuando se realice sólo por dichas razones técnicas” La conclusión de la Corte de que la creación de ficheros cache no debería atraer responsabilidad con respecto al derecho de autor, corresponde a la opinión de que, al igual que la navegación, la creación de ficheros cache equivale a un uso legítimo no autoral. Ver también s. 20 de Bill C-60, An Act to amend the Copyright Act, <[www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60/C-60\\_1/C-60\\_cover-E.html](http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60/C-60_1/C-60_cover-E.html)>.

35 *CCH*, nota anterior 1 en párrafo 23.

Es importante recordar, sin embargo, que la afirmación inequívoca de la Corte sobre el papel integral del dominio público en la ley de los derechos de autor, no llega a ser una relegación del autor al nivel de una simple consideración secundaria. La Corte considera que el derecho de autor es un sistema de “doble objetivo”, en el cual el autor y el público son igualmente constitutivos. Este factor diferencia nítidamente la interpretación canadiense de la americana sobre el objetivo de la ley del derecho de autor<sup>36</sup>. En los Estados Unidos, el objetivo de la ley del derecho de autor no es “doble”. Por el contrario, la ley del derecho de autor, en última instancia, sirve al interés público y nada más que al interés público: “El objetivo primordial del derecho de autor no es el de recompensar la labor de los autores, sino ‘la de promover el Progreso de la Ciencia y de las Artes útiles’<sup>37</sup>. Es trivialmente cierto, por supuesto, que el autor juega un papel importante en la jurisprudencia americana sobre los derechos de autor, pero este papel no alcanza, en ninguna medida, la condición de un objetivo autónomo de por sí. “El beneficio del autor, sin embargo, es claramente una consideración ‘secundaria’. ‘El objetivo primordial es, por medio de este incentivo, estimular la creatividad artística para el bien público en general’<sup>38</sup>. También es trivialmente cierto, que la jurisprudencia americana, asimismo, presenta la relación entre el autor y el público como un “equilibrio,” pero, una vez más, este es un equilibrio completamente dedicado al interés público, y en el cual el autor figura solamente como un instrumento del interés del público<sup>39</sup>. No es de ninguna manera un equilibrio *entre* el autor y el público en el cual las reivindicaciones del autor (es decir, “obtener una justa recompensa para el creador”) surgen como una cuestión de justicia.

Lo importante respecto a la distinción entre la jurisprudencia canadiense y la americana es que ésta sugiere un conjunto de posibilidades discursivas que no se han desarrollado en los Estados Unidos pero que, no obstante, pueden desarrollarse vigorosamente en Canadá. En general, la hegemonía del pensamiento instrumentalista en los Estados Unidos, sig-

36 Los comentaristas han señalado los elementos de convergencia que surgen a través de *CCH* entre los objetivos expresados de la jurisprudencia canadiense y estadounidense sobre el derecho de autor. Por lo tanto, Teresa SCASSA ha observado que *CCH* “consolida un cambio muy reciente [es decir, desde el caso de 2002 de *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, <[www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2002/vol2/html/2002scr2\\_0336.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2002/vol2/html/2002scr2_0336.html)>, [2002] 2 S.C.R. 336] en el enfoque del derecho de autor por la Corte Suprema de Canadá,” y que, al menos en teoría, el cambio “alinea más la ley canadiense sobre los derechos de autor con la ley de los Estados Unidos.” Ver SCASSA, nota anterior 2 en 96–97. Similarmente, para dar un ejemplo adicional, Robert HOWELL concuerda con la opinión de que “después de *Théberge* existe una similitud fundamental de respaldo teórico entre Canadá y los Estados Unidos que es ... reforzado por *CCH*.” Ver HOWELL, Robert G. “Recent Developments: Harmonization Opportunities for Canada” (2004), 1 UOLTJ 149 <[http://web5.uottawa.ca/techlaw/resc/UOLTJ\\_1.1&2.doc%207\(HOWELL\).pdf](http://web5.uottawa.ca/techlaw/resc/UOLTJ_1.1&2.doc%207(HOWELL).pdf)> en 169. Para un informe importante y diferente de la relevancia de *Théberge* con respecto a la cuestión del objetivo de la ley canadiense del derecho de autor, ver TAWFIK, Myra “Copyright as Droit d’auteur” (2003-2004) 17 IPJ 59.

37 Ver *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 at 349 (1990).

38 *Computer Assocs. Int’l v. Altai, Inc.*, 982 F. 2o 693 en 696 (2o Cir. 1992).

39 *Ibíd.* (“Por lo tanto, la ley del derecho de autor busca establecer un equilibrio delicado. Por una parte, le otorga protección a los autores como incentivo para crear y, por otra parte, debe limitar adecuadamente el alcance de esa protección para evitar los efectos de un estancamiento monopolístico.”)

nifica que el discurso del derecho de autor orquesta una batalla entre los “maximalistas” del derecho de autor y los “minimalistas” del derecho de autor, entre aquellos que ven las protecciones fuertes como conducentes al interés público, y aquellos que, al contrario, ven protecciones más débiles como conducentes al interés público<sup>40</sup>. Cualquiera sean las diferencias, sin embargo, estos leales oponentes comparten una convicción fundamental de que el derecho de autor es sólo un instrumento del interés público, de manera que ni los autores ni los usuarios podrían afirmar sus reivindicaciones como una cuestión de dignidad inherente.

En Canadá, sin embargo, la persistencia del lenguaje de la justicia y la equidad en la jurisprudencia de los derechos de autor trae consigo posibilidades discursivas adicionales que son una indicación de horizontes normativos más ricos. Estas posibilidades incluyen afirmaciones del derecho autoral desde una perspectiva basada en los derechos inherentes, como una cuestión de dignidad inherente. Sin embargo, a menudo se omite señalar que estas posibilidades también incluyen lo que se podría llamar un discurso minimalista basado en derechos que insisten sobre formulaciones del valor inherente, no sólo el del autor, sino también del dominio del público<sup>41</sup>. El lenguaje de justicia y equidad no es, de ninguna forma, necesariamente maximalista. Los defensores de una mayor protección de los derechos de autor no tienen, ni pueden tener un monopolio normativo en las versiones de la ley del derecho de autor basadas en derechos inherentes. Por el contrario, los usuarios también tienen derechos que merecen ser considerados como fines en sí mismos. Estos derechos son inseparables y están arraigados en toda afirmación de la dignidad de la autoría en sí.<sup>42</sup> Como *CCH* nos enseña, ellos son absolutamente integrales a la estructura más profunda de la ley de los derechos de autor. Si se examinan atentamente, se niega la posibilidad de verlos como instrumentos negociables cuyo destino es el de servir metas externas a sí mismos.

40 Para discusión, ver NETANEL, Neil W. “Copyright and a Democratic Civil Society” (1996) *106 Yale LJ* 283 <[www.history.ox.ac.uk/ecohist/readings/ip/NETANEL.htm](http://www.history.ox.ac.uk/ecohist/readings/ip/NETANEL.htm)>.

41 Ver DRASSINOWER. “A Rights-Based View,” nota anterior 12 en 21 (“la versión basada en los derechos considera tanto el derecho del autor como el dominio público como una cuestión de dignidad inherente.”).

42 Para ponerlo en otras palabras, lo que importa no es defender una u otra parte en la oposición del autor y del público, sino buscar las posibilidades discursivas que capten las condiciones de su coexistencia como aspectos de un sistema singular. Esto significa que la oposición que merece nuestra atención no es una entre el autor y el público, sino entre las perspectivas que afirmen esa oposición y las perspectivas que busquen resolverla a un nivel más alto.