

DOCTRINA

Derecho de autor y democracia en la filosofía del derecho de Kant y Hegel

Copyright and democracy in Kant and Hegel's legal philosophy

Felipe FIGUEROA ZIMMERMANN

University of Warwick, Reino Unido

RESUMEN Las teorías democráticas del derecho de autor, en la formulación que le dan sus defensores contemporáneos, son normativamente ambiguas. Para resolver este problema, se construirá una versión alternativa de estas teorías a partir de la obra de Kant y Hegel, tradicionalmente asociados a las llamadas «teorías de la personalidad». El trabajo posee la siguiente estructura: i) se realiza una revisión de la obra de los tres principales defensores de las teorías democráticas. A continuación, ii) se demuestra que, pese a sus fortalezas, estas teorías presentan ambigüedades en sus fundamentos normativos. Para resolver este problema, iii) se recurre a las teorías de Kant y Hegel con el objetivo de reformular una teoría democrática no consecuencialista del derecho de autor.

PALABRAS CLAVE Derecho de autor, Kant, Hegel, teorías de la personalidad, teorías democráticas.

ABSTRACT Democratic theories of copyright, in the formulation given by their contemporary advocates, are normatively ambiguous. To solve this issue, an alternative version of these theories, based on the work of Kant and Hegel, is presented. The work has the following structure: (i) the work of three key contemporary advocates of democratic theories is reviewed. Next, (ii) it will be argued that, despite its many strengths, their work suffers from ambiguity in its normative foundations. To solve this problem, (iii) Kant's and Hegel's work is addressed with the aim of presenting a non-consequentialist democratic theory of Copyright.

KEYWORDS Copyright, Kant, Hegel, personality theories, democratic theories.

«Ambientalismo cultural» frente a la expansión del derecho de autor

Durante la última década, Lawrence Lessig (2005), James Boyle (2008) y Neil Netanel (2008) han propuesto una justificación del derecho de autor basada en el rol que esta institución posee en las democracias occidentales. Para estos autores, el derecho de autor tiene un carácter instrumental respecto del objetivo de fomentar la producción cultural y el desarrollo de una cultura democrática. Al mismo tiempo, todos ellos se oponen a una comprensión puramente economicista del derecho de autor.

En los últimos años, se han erigido como los principales opositores al proceso de expansión del derecho de autor en el sistema legal norteamericano, consiguiendo organizar parte de la sociedad civil en torno a sus ideas (Kapczynski, 2010). El éxito de su propuesta se explica en gran parte por su plausibilidad a la luz de la tradición constitucional norteamericana y su desempeño como guía para la acción en el foro político.

De los tres, Lawrence Lessig es posiblemente el más célebre. Su obra se ha centrado en exponer el efecto nocivo que la expansión del derecho de autor tiene en la producción cultural en el contexto de Estados Unidos. Lessig caracteriza la forma en que ésta se ha organizado tradicionalmente en Estados Unidos como una «cultura libre», en oposición a lo que llama una «cultura de los permisos» (Lessig, 2005: 18). El origen de esta cultura de los permisos es la expansión del derecho de autor y la concentración de poder económico, subordinando la producción cultural a la voluntad de los titulares de derecho de autor. Por otra parte, Netanel utiliza un enfoque similar al de Lessig, pero se centra específicamente en la relación entre propiedad intelectual y libertad de expresión. De este modo, Netanel pretende reinterpretar el derecho de autor desde la perspectiva de la práctica constitucional de la libertad de expresión. Finalmente, Boyle (2008) tiene como objetivo ofrecer la base teórica para la construcción de un movimiento político dedicado a la preservación del dominio público.

A continuación, revisaremos: i) las explicaciones que estos autores ofrecen para entender el proceso de expansión de la propiedad intelectual, ii) las críticas que han hecho a este proceso y la justificación de la propiedad intelectual que ellos ofrecen.

Tecnología, ideología y la expansión del derecho de autor

Internet, contra los vaticinios que primaban durante los años noventa, ha tenido un rol protagónico en el advenimiento de la cultura de los permisos a la que se refiere Lessig, pues ha hecho posible controlar tanto la producción comercial de la cultura, como la «cultura no comercial» (Lessig, 2005: 27). Esta forma de producción cultural ha estado tradicionalmente fuera del ámbito de regulación del derecho, pues hasta hace poco no había manera de controlar estas prácticas. En consecuencia, los individuos realizaban una gran variedad de actividades que suponían el acceso o uso de

bienes culturales sin que la ley se entrometiera. Sin embargo, la ubicuidad de internet en la producción y difusión de bienes culturales hace posibles formas de control que ponen en riesgo las dinámicas no comerciales de producción cultural. Por ejemplo, esto se manifiesta en la ASCAP demandando a las *girl scouts* por no pagar por las canciones que cantaban alrededor de sus fogatas (Lessig, 2005: 36).

Otro factor relevante ha sido la disminución en los costos de reproducción y distribución que estas tecnologías producen. Esto ha generado una fuerte presión de parte de los titulares de derechos de autor para regular y restringir aquellos usos no comerciales, limitando los derechos que los individuos históricamente tenían a su disposición.

Junto con estos cambios tecnológicos, el proceso de expansión ha sido dirigido por una idea clave: sin un aumento en las facultades de control de los titulares de los derechos de autor, la disminución de los costos de copia va a destruir las industrias culturales y creativas (Boyle, 2008: 53). Esta idea es parte fundamental de un paradigma, de una «forma de ver la economía y la cultura, un marco conceptual acerca de cómo el opera el intercambio cultural y, eventualmente, un plano para el desarrollo de nuestros sistemas de comunicación» (Boyle, 2008: 56-60). De acuerdo con Boyle, este paradigma se expresa claramente en el reporte de la Information Infrastructure Taskforce (Lehman, 1995), creada por Bill Clinton. Boyle sostiene que este documento entiende el derecho de autor como una forma más de propiedad privada. Es un derecho absoluto. Bajo esta mirada, cualquier limitación a este derecho equivale a imponer impuestos para los titulares de estos derechos para subsidiar a la sociedad en general (Boyle, 2008: 55).

Este paradigma ha influido en la manera en la que pensamos acerca del desarrollo tecnológico en las sociedades capitalistas occidentales. Desde esta perspectiva, las características «anónimas y descentralizadas de internet, que la han convertido en una herramienta tan poderosa para el discurso, debate y comercio a escala global, son vistas como un error antes que como una ventaja» (Boyle, 2008: 60). Boyle llama a esta narrativa «la amenaza de internet» (*the internet threat*). Tras ella, se aloja la idea de que «la fuerza de los derechos de propiedad intelectual debe variar inversamente al costo de la copia» (Boyle, 2008: 60-61). En consecuencia, mientras más barata es la copia, más control es necesario. Dicho de otro modo: el desarrollo tecnológico debe estar bajo el control de los titulares de derechos de autor.

De manera similar, Netanel identifica como un antecedente fundamental de este nuevo paradigma maximalista del derecho de autor, la influencia de Blackstone en la cultura legal norteamericana (Netanel, 2008: 7). En particular, señala que la desviación del derecho de autor de su enfoque basado en la libertad de expresión se debe a la concepción de las expresiones creativas «como productos y del derecho de autor como un mecanismo para maximizar la asignación eficiente de recursos» (Netanel, 2008: 364) y al fracaso de esta manera de entender el derecho de autor de «dar cuenta

del rol que el derecho de autor tiene en las formas democráticas de gobierno» (Netanel, 2008: 362).

Este proceso de expansión ha tenido como consecuencia la erosión de los mecanismos de acceso que el derecho de autor ha considerado tradicionalmente para compensar los derechos de control de los titulares. Por ejemplo, la doctrina del *fair use*, que consiste en el sistema abierto de excepciones al derecho de autor en las culturas jurídicas provenientes del *Common Law*, posee límites muy difusos. Por otra parte, su aplicación de parte de las cortes ha sido materia de controversia (Netanel, 2011; Samuelson, 2008; Tushnet, 2004). Esto implica que ella no es capaz de compensar los efectos negativos que la expansión del derecho de autor ha tenido. La poca claridad de los límites del *fair use* acarrea un alto riesgo de litigio, lo que genera grandes desincentivos para ampararse en esta doctrina con el fin de realizar usos transformativos de obras ajenas (Lessig, 2005: 115-116). Esto es relevante, pues tal como insisten nuestros autores, es a través de los usos transformativos que la cultura se desarrolla (Boyle, 2008: 122-159).

Por otra parte, la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) permite a los titulares de derechos de autor controlar el uso de las copias digitales de su trabajo, aun cuando estos usos estén autorizados bajo la doctrina del *fair use*:

Usando código [de programación], los dueños de *copyright* restringen el *fair use*; usando la DMCA, castigan a aquéllos que intentarían evadir las restricciones al *fair use* impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio para eliminar el *fair use*; la ley de la DMCA respalda esta eliminación. Así es como el código se convierte en ley. Los controles insertados en la tecnología de protección de copia y de acceso se convierten en reglas cuya violación es también una violación de la ley. De esta forma, el código extiende la ley: aumentando su regulación, incluso si el objeto que regula (actividades que de otra forma se considerarían claramente *fair use*) está más allá del alcance de la ley. El código se convierte en ley; el código extiende la ley; el código extiende así el control que efectúan los dueños del *copyright* (Lessig, 2005: 172).

En defensa de la tradición: críticas contra la expansión del derecho de autor

Nuestros autores basan su crítica a la expansión de los derechos de autor en que la lógica que subyace a este proceso se opone a la manera en que la tradición legal norteamericana se ha relacionado históricamente con los desarrollos tecnológicos. Según Lessig, los redactores de la Constitución norteamericana entendían que la lógica detrás de conferir derechos a los autores era generar incentivos para la creación de obras (Lessig, 2005: 183-184). Del mismo modo, Netanel considera que el objetivo fundamental del derecho de autor es potenciar la producción cultural a través de la asignación de derechos que funcionan como incentivos. En consecuencia, para

estos autores, la extensión de estos derechos depende de sus efectos en la libertad de expresión:

En la medida en que los derechos de propiedad sobre expresiones obstaculizan innecesariamente la libertad de expresión, su alcance y duración debieran limitarse o incluso debiera prescindirse de ellos, favoreciéndose mecanismos menos lesivos para asegurar la remuneración y el crédito de los productores de expresiones originales (Netanel, 2008: 9).

Del mismo modo que la primera enmienda tiene como objetivo proteger a los individuos de intervenciones estatales, el derecho de autor los protege otorgándoles independencia económica. Así, el balance entre ambas formas de regulación habría permitido la creación de un espacio de libertad para la producción cultural.

En suma, la crítica que estos autores hacen al proceso de expansión del derecho de autor se fundamenta en que el desarrollo masivo de tecnologías de la información ha generado un proceso de privatización de bienes que solían ser comunes. Una institución clave para preservar el acervo común de bienes culturales es el dominio público.

La expansión del derecho autor ha hecho que el ingreso de obras al dominio público sea casi imposible, lo que a su vez tiene consecuencias negativas para la producción cultural. A partir de allí, Boyle ha centrado sus esfuerzos académicos en generar un movimiento para la protección de esta institución.

En las condiciones económicas bajo las cuales se originó la propiedad intelectual, la distribución de información a escala masiva era una actividad muy cara, que requería grandes concentraciones de capital. Esto a su vez generaba una tendencia a que los distintos roles involucrados en la producción cultural (producción, edición, financiamiento, distribución, promoción, etcétera) se fusionaran bajo el alero de «compañías integradas verticalmente o asociaciones comerciales simbióticas» (Boyle, 2008: 198-199). Bajo las condiciones tecnológicas actuales, es necesario volver a evaluar el impacto de las reglas que regulan tanto las formas propietarias como no propietarias de producción cultural (Boyle, 2008: 202). Esto nos llevaría a tomar conciencia de que tendemos a ignorar la importancia y capacidad productiva de los sistemas y redes abiertas, además de las formas no propietarias de producción (Boyle, 2008: 231).

En este sentido, el objetivo de Boyle es instalar un paradigma alternativo, basándose en la experiencia de los movimientos ambientalistas. Según Boyle, estos movimientos, al relacionar la ecología (esto es, la idea de que hay conexiones frágiles, complejas e impredecibles entre distintos sistemas vivos) con nociones provenientes de la economía del bienestar (*welfare economics*), pudieron mostrar cómo los mercados eran instrumentos inadecuados para internalizar los costos inherentes a distintas actividades, lo que ha generado daños posiblemente irreparables para el medioambiente (Boyle, 2008: 239). Boyle sugiere una operación similar para la protección del dominio público y los «*cultural commons*». Él cree que lo que hay que hacer es ge-

nerar un «ambientalismo cultural o de la mente» que visibilice las contribuciones del dominio público, los «servicios ecosistémicos» que presta esta institución (Boyle, 2008: 241-242). Al hacerlo, este ambientalismo cultural permitiría alinear las percepciones y preferencias de los agentes, creando vínculos entre intereses que parecerían dispares *a priori*, pero que el concepto de dominio público permite aglutinar.

Para contrarrestar el paradigma sobre el que se apoya la expansión de la propiedad intelectual, Boyle propone un paradigma alternativo, que denomina el «axioma Sony» (en alusión a la decisión de la Corte Suprema en el caso *Sony v Universal*). Este consiste simplemente en que «la disminución en el precio de las copias hace que las limitaciones al derecho de autor sean más importantes. Sin estas limitaciones, el derecho de autor crecerá y hará metástasis hasta monopolizar o al menos controlar las arquitecturas de nuestras tecnologías de comunicación» (Boyle, 2008: 71). Boyle muestra cómo esta tendencia se confirma en distintos casos relacionados con tecnologías *peer to peer* (Boyle, 2008: 72-79) que, tomados en conjunto, representan el paradigma que entiende internet como una amenaza.

Como puede apreciarse, el argumento de Boyle se relaciona con la manera en que Lessig ilustra la relación entre ley y código de programación: si lo que uno necesita es controlar la distribución de contenido, debe controlar la arquitectura de la red sobre la que se distribuye dicho contenido. En palabras del autor, este paradigma en última instancia lleva la conclusión de que «una red puede ser controlada o ilegal. Mientras más barata y eficiente la red, más estricto debe ser el control» (Boyle, 2008: 80-81).

Por su parte, frente a la tendencia expansiva del derecho de autor, Netanel defiende una comprensión del derecho de autor basada en lo que denomina el «paradigma democrático» (Netanel, 2008: 341). Este consiste en la idea de que «el alcance, la duración y el carácter [del derecho de autor] debe determinarse de la manera que mejor permita alcanzar las metas de la Primera Enmienda de generar debates robustos y diversidad expresiva» (Netanel, 2008: 10). Para Netanel, esta perspectiva es la que mejor nos ayuda a lidiar con el hecho de que el derecho de autor se encuentra inextricablemente ligado con la regulación de discursos y medios de comunicación (Netanel, 2008: 10), puesto que «inevitablemente favorece algunos medios, cierto tipo de hablantes y formas de expresión sobre otras» (Netanel, 2008: 37), además de que su «entramado de incentivos y restricciones, derechos exclusivos y licencias estatutarias, derechos amplísimos y limitaciones a esos derechos, hace mucho más que tutelar intereses privados y regular el comercio. Beneficia y restringe la expresión de manera fundamental» (Netanel, 2008: 38).

Así, según Netanel, el derecho de autor es uno más entre muchos mecanismos institucionales diseñados para impulsar la libertad de expresión. Este sistema se caracteriza por incluir «además de la libertad negativa para expresarse, una matriz compleja de títulos, instituciones, tipos de hablantes y regímenes regulatorios relacionados con la emisión de discursos» (Netanel, 2008: 36).

Si bien Netanel se mantiene agnóstico acerca de la justificación de la libertad de expresión (Netanel, 2008: 31), una de sus preocupaciones centrales es lo que llama «diversidad expresiva». Para él, la diversidad de mensajes en el discurso público es fundamental para poder desafiar los «prejuicios, actitudes, instituciones políticas y normas sociales vigentes». Por sí sola, la diversidad expresiva no sólo fomenta el cambio político y social, sino que además tiene un rol fundamental en la generación de una cultura democrática en la cual los ciudadanos «poseen un espíritu independiente, habilidades discursivas, conciencia política y el reconocimiento mutuo, todas habilidades necesarias para el autogobierno»; adicionalmente, «fomenta la autonomía individual y la autorrealización, refuerza nuestra capacidad para pensar y hablar por nosotros mismos, tanto individual como colectivamente» (Netanel, 2008: 38).

Garantizar la diversidad expresiva va más allá de simplemente contar con diversidad de productos culturales, requiere adicionalmente dispersión de «poder comunicativo» y que exista la oportunidad de desafiar la cultura dominante (Netanel, 2008). Al igual que Lessig, Netanel llama la atención sobre el efecto negativo de los derechos de control en la producción cultural no comercial, que típicamente «hace referencia o utiliza obras icónicas de maneras que van en contra de la visión de los titulares de derechos de autor, o mejor dicho, de su manejo de inventario y sus planes de *marketing*» (Netanel 2008: 41).

Al igual que Netanel, Lessig pretende mostrar que esta expansión de los derechos de control es incompatible con la regulación constitucional del derecho de autor. Por una parte, la Quinta Enmienda requiere una «compensación justa» por la expropiación de propiedad. A su vez, la cláusula constitucional que regula el derecho de autor exige que los derechos conferidos a los autores por el Congreso, al extinguirse, formen parte del dominio público sin exigir ninguna forma de compensación (Lessig, 2005: 146-147). De acuerdo con Lessig, los redactores de la Constitución norteamericana buscaban, al igual que los ingleses, evitar que un grupo minoritario ejerciera una forma de control desproporcionada sobre la producción cultural. Esto sería consistente con la lógica general de la Constitución norteamericana, que busca evitar concentraciones de poder (Lessig, 2005: 146). Así, el aumento de las facultades de control atenta contra esta lógica, especialmente si uno considera la estructura altamente concentrada del mercado de los medios de comunicación (Lessig, 2005: 173). En este sentido, la propuesta de estos autores es ofrecer un marco teórico que ayude a volver a encontrar un balance, pues nunca antes:

En nuestra historia, como hoy en día, ha tenido menos gente el derecho legal a controlar en un grado tan alto el desarrollo de nuestra cultura.

No cuando los *copyrights* eran a perpetuidad, porque cuando los *copyrights* eran a perpetuidad, éstos afectaban sólo a esa específica obra creativa regulada por los mismos. No cuando únicamente los editores tenían los instrumentos para publicar,

porque el mercado era entonces mucho más diverso. No cuando había solamente tres cadenas de televisión, porque incluso entonces los periódicos, los estudios de cine, las estaciones de radio y los editores eran independientes de las cadenas. Nunca antes el *copyright* ha protegido una gama tan amplia de derechos, contra una gama tan amplia de agentes culturales, por un plazo que tuviera remotamente la longitud del actual. Esta forma de regulación —una minúscula regulación de una minúscula parte de la energía creativa de un país en el momento de su fundación— es ahora una regulación masiva de todo el proceso creativo. La ley más la tecnología más el mercado interactúan ahora para convertir esta regulación históricamente benigna en la más significativa regulación de la cultura que nuestra sociedad libre haya conocido (Lessig, 2005: 181-182).

La estrategia de estos autores se entiende mejor al revisar la teoría constitucional que está implícita en ella. Lessig entiende las teorías como herramientas para dar cuenta de una práctica cuando su sentido no está claro (Lessig 1996: 183) Son estos momentos de falta de claridad los que dan lugar a cambios en la práctica constitucional:

Quando una forma de discurso se hace indiscutible o indudable [*uncontestable*], los jueces descansan muy fuertemente en ella, aunque sea de manera inconsciente. Pero una vez que se vuelve controversial [*contestable*], los jueces dejan de utilizarla [*shy away from it*]. La contestabilidad [*contestability*] [...] es uno de los elementos dinámicos de cualquier descripción acerca de la manera en la que se ha desarrollado el derecho constitucional. Sostengo que cualquier teoría de derecho constitucional debe tomar este elemento en cuenta. [...] Hay dos momentos: uno es un cambio en la contestabilidad que vuelve una forma de discurso problemática; el otro es un cambio en la práctica legal orientado a reducir o acomodar el costo retórico de esa problemática. El primer momento echa a andar el proceso; el segundo es una respuesta al primero (Lessig, 1996: 184).

En este sentido, la idea de que es necesario contar con derechos de autor más fuertes para proteger a los creadores de contenido hoy es parte de lo «indudable» o «indiscutible». En consecuencia, los jueces recurren a ella para orientar la práctica de derecho de autor. Así, es necesario problematizar esa idea para luego cambiar la práctica legal que se sustenta en ella (los dos momentos a los que se refiere Lessig en la cita anterior). De este modo, cuando esta forma de pensar ya no sea indudable, los jueces se alejarán de ella, o, mejor aún, la visión opuesta será la indudable (Lessig, 1996: 184).

Así, estos autores pretenden rescatar las aspiraciones políticas de los redactores de la Constitución, al igual que los elementos centrales de la tradición constitucional norteamericana y mostrar que éstas siguen siendo válidas, pese a las oleadas de desregulación neoliberal (Netanel, 2008).

La defensa del derecho de autor: entre el mercado de las ideas y la esfera pública

El aporte que han realizado estos autores al explorar las maneras en que la expansión del derecho de autor dificulta la producción cultural es innegable. Ya no es posible volver a los días en los que el derecho de autor era visto como un problema de regulación en el que tal sólo debía involucrarse a los actores de la industria (Litman, 1986: 860-861). Por otra parte, en el trabajo de estos tres autores se anticiparon los problemas que hoy se discuten tanto en sociedades capitalistas avanzadas, como en la arena del comercio internacional. En este sentido, el proyecto Boyle de crear una forma de «ambientalismo cultural» parece haber sido al menos parcialmente exitoso. En términos de Lessig, estos asuntos han pasado a ser debatibles. La principal virtud del trabajo de estos autores ha sido vincular la resistencia frente a la expansión de las distintas formas de propiedad intelectual con un compromiso con la democracia y la diversidad expresiva. En efecto, su trabajo muestra cómo la expansión del derecho de autor es una de muchas áreas en las que las sociedades capitalistas avanzadas amenazan con erosionar nuestras instituciones democráticas.

Al mismo tiempo, la obra de estos autores muestra dos tendencias que atentan contra la lógica en la que se basan las economías de libre mercado: su carácter monopolístico y sus efectos en lo que los autores denominan «innovación» (que incluye no sólo desarrollos científicos y tecnológicos, sino que toda forma de producción cultural en un sentido amplio). Este último punto es importante, pues provee un argumento contra el utopismo tecnológico, esto es, la idea que algunas tecnologías poseen un carácter inherentemente emancipatorio y que ellas operan con independencia de los arreglos económicos, institucionales y políticos que las rodean. Tal como su análisis del desarrollo de internet muestra, el carácter del desarrollo tecnológico depende de varios factores, entre ellos, la organización económica e institucional en que se encuentran insertos, y por lo mismo debe estar sujeto a deliberación política.

A pesar de las múltiples virtudes de estas obras, en ellas no queda claro si en última instancia el derecho de autor debiera organizarse según los principios rectores del mercado o de la democracia. En efecto, no queda claro si el ecosistema para el ejercicio de la libertad de expresión que su propuesta involucra se parece más a un mercado eficiente de la información hayekiano o a un foro público habermasiano (Sunstein, 2007). Esta indeterminación puede apreciarse en la equiparación de conceptos como «esfera pública» (Habermas, 1999) con el de «mercado de las ideas» (Ackerman, 1981) o la manera en que la «innovación» es sinónimo de «progreso» y la «información» sinónimo de «conocimiento». Del mismo modo, estos autores defienden lógicas utilitaristas y antimonopólicas, al tiempo que aluden a conceptos como «innovación», «la manera en la que se hace cultura», la «tradición constitucional» o los «valores de la libertad de expresión», sin aclarar su contenido.

Esta ambigüedad se debe a que estos autores mezclan lógicas consecuencialistas y deontológicas en sus teorías. Tal como su nombre lo indica, las primeras suponen que para evaluar la corrección de un conjunto de reglas debe atenderse a las consecuencias que la adopción de ese conjunto de reglas acarrearía. Esta idea se expresa típicamente a través de la fórmula de que las teorías consecuencialistas otorgan prioridad a lo bueno antes que a lo correcto. Así, para estas teorías, lo correcto es maximizar lo bueno. De este modo, ellas consisten en una definición de «lo bueno» y un procedimiento para maximizarlo. Al contrario, las teorías deontológicas afirman que las consecuencias son irrelevantes como criterio de evaluación, esto es, lo correcto es independiente de lo bueno y posee prioridad sobre él. De este modo, mientras las teorías consecuencialistas operan con una lógica prospectiva, las teorías deontológicas lo hacen con una lógica retrospectiva (Kymlicka, 1992: 21).

Una de las características centrales de las teorías consecuencialistas es que entienden los derechos de autor como un incentivo para alcanzar el estado de cosas que se ha definido como deseable (por ejemplo, «el fomento de las ciencias y las artes»). Bajo esta perspectiva, la herramienta para cumplir el mandato de promover el avance de las ciencias consiste en conferir derechos de autor a los creadores de obras.

De esta manera, los autores podrán sostener su actividad económica, generando un beneficio para el total de la sociedad. Al mismo tiempo, la extensión de estos derechos está limitada precisamente por este mismo objetivo. Así, los derechos conferidos a los autores no pueden ser tales que impidan o entorpezcan la persecución del objetivo explícito del derecho de autor o produzcan un estado de cosas que sea inferior al óptimo. Para un teórico consecuencialista, la solución óptima consistirá en generar una distribución de derechos entre los creadores de la obra y terceros, tal que las ventajas de otorgar control a los creadores de obras superen las consecuencias de limitar el acceso de terceras personas. Desde esta perspectiva, la pregunta central del derecho de autor sería de naturaleza económica: ¿cuál sistema de incentivos permite cumplir de manera más eficiente el objetivo del derecho de autor?

Esta lógica presenta al menos tres problemas. En primer lugar, si la única consideración relevante es la obtención del objetivo de promover la creación de obras, entonces el sistema de derecho de autor es sólo uno de los posibles esquemas o mecanismos que el legislador podría utilizar para estos efectos. En este caso, sólo bastaría demostrar que existen maneras mejores o equivalentes de estimular la producción de obras del intelecto sin entregar derechos de control a los autores. En segundo lugar, entender la adscripción de derechos a los creadores de obras en términos de incentivos no da cuenta del sentido que esta institución tiene para los mismos autores y otros agentes involucrados en la creación de obras. Una justificación consecuencialista del derecho de autor no es capaz de dar cuenta de la relación entre el autor de una obra cuyo derecho ha sido infringido y el deber de restituir el daño provocado que tiene el infractor. En efecto, bajo una perspectiva consecuencialista, el deber de

compensación del infractor de un derecho de autor es contingente. Los incentivos del creador serían igualmente asegurados si hubiera un sistema de compensación del Gobierno, o un sistema colectivo de seguro (Goold, 2013: 256-257). Sólo la lógica que subyace a las teorías deontológicas es capaz de explicar la relación entre infracción y deber de compensación. Este deber sólo es inteligible en términos retrospectivos, mientras que la lógica consecuencialista es prospectiva, mira hacia el futuro en vez de mirar hacia el pasado.

En tercer lugar, una justificación consecuencialista del derecho de autor tiene grandes dificultades para dar cuenta de la relación entre el autor y la obra tal como se expresan en los derechos morales. En efecto, desde la óptica de un análisis costo-beneficio, sólo los daños cuantificables son relevantes. Al igual que al intentar dar cuenta del sentido de la compensación, la lógica consecuencialista no sirve para explicar los derechos morales conferidos a los autores. Por ejemplo, esta perspectiva no puede explicar que se obligue a compensar a un autor en caso de infracción de sus derechos morales en aquellos casos en que las modificaciones a la obra no generan un perjuicio económico o incluso implican una ganancia (Lee, 2001: 844).

Finalmente, la lógica consecuencialista no es satisfactoria como criterio para orientar decisiones judiciales y, por lo mismo, genera un problema de justificación (Figueroa, 2016). Por ejemplo, supongamos el caso en que un juez que debe decidir si el uso no autorizado de una obra por parte de un tercero está cubierto por alguna de las excepciones contempladas por nuestro sistema de autor. Digamos que el supuesto infractor, apelando a la norma contenida en el artículo 71 P de la Ley 17.336, alega que el uso de una determinada obra en un comercial se trata de una parodia, porque constituye un aporte artístico y es diferenciable de la obra a la que se refiere. Su contraparte alega que el hecho de que su obra haya sido adaptada para vender un producto a través de un comercial de televisión excluye la posibilidad de considerarla como una parodia, pues el uso comercial excluye el mérito artístico (Walker Echeñique, 2014: 222). En este caso, un consecuencialista esperaría que la controversia se resolviera apelando a las consecuencias de adoptar una u otra interpretación. En ese caso, el juez tiene un problema. Por una parte, si resuelve el caso con independencia de las consecuencias, nada asegura que el resultado de esta manera de razonar tenga como resultado las consecuencias deseadas. Por otra parte, si el juez falla el caso apelando a las consecuencias, la regla pierde sentido. Si una regla sólo aplica en aquellas instancias en que su aplicación genera consecuencias deseables, entonces ya no es una regla. Una analogía puede aclarar este último punto: sostener que las promesas sólo deben cumplirse cuando cumplirlas arroja consecuencias deseables hace que no tenga sentido hablar de prometer algo.

En síntesis, o un juez adjudica el caso ignorando las consecuencias que ello tendrá, en cuyo caso no es consecuencialista; o acepta que no debe aplicarse las reglas cuando ello tiene consecuencias indeseables, en cuyo caso la noción de regla pierde sentido.

La ambigüedad en la lógica a la que adscriben las propuestas de Lessig, Boyle y Netanel posee también una faceta epistemológica. Para explicarla, recurriré a la propuesta de Elizabeth Anderson (1995). La autora distingue entre dos modelos para caracterizar relaciones sociales necesarias para la justificación de pretensiones de conocimiento (esto es, una «epistemología social»). Una epistemología social libertaria supone que «las relaciones de autoridad cognitiva no debieran ser organizadas por ningún patrón preconcebido, sino que debiera ser la que emerja de las interacciones verbales desreguladas entre los agentes» (Anderson, 1995: 193). Éstos son los defensores del «mercado de las ideas», cuya defensa suele ser hecha en términos instrumentales. Por otra parte, los partidarios de una epistemología social «liberal democrática» sostienen que «la igualdad en las relaciones entre agentes, sostenidas sobre normas de reconocimiento mutuo y respeto en la comunicación, es un prerequisite para la investigación autónoma y objetiva» (Anderson, 1995: 193).

Así, al considerar la obra de los tres autores, no queda claro si acaso la epistemología social que adoptan es «libertaria» (si acaso el derecho de autor debiera organizarse de manera tal que el sistema de producción de conocimiento emule el funcionamiento de un mercado eficiente) o «liberal democrática» (si el derecho de autor debe organizarse de manera tal que garantice ciertas condiciones necesarias para el carácter racional y autónomo de la producción de conocimiento). La preocupación inmediata de estos autores se centra en las características monopólicas del modelo de producción cultural contemporáneo. De este modo, los autores centran su atención en la oposición a la tendencia hacia la concentración de poder que el régimen actual de derecho de autor implica, asumiendo implícitamente que es posible resolver las tensiones que puedan existir entre los mercados y la defensa democrática del derecho de autor (Lessig, 2005; Netanel, 1996; Boyle, 2008: 112-113, 294). En consecuencia, el marco teórico de estos autores es ambiguo respecto de estos asuntos. Sin embargo, esta ambigüedad puede ser subsanada revisando las teorías de Kant y Hegel acerca de la relación entre derecho de autor y democracia.

Kant y Hegel como precursores de las teorías democráticas

La relación entre personalidad y propiedad es uno de los elementos centrales de la filosofía política. En efecto, «casi cualquier teoría sobre la propiedad privada puede vincularse a alguna noción de personalidad» (Radin, 1982: 957-958). Este es el caso también con las llamadas teorías personalistas del derecho de autor. En sus versiones más difundidas (Hughes, 1988; Merges, 2011), el otorgamiento de derechos al autor de una obra se justifica en tanto se entiende que existe un vínculo entre la obra y la identidad del autor. Por ejemplo, Hughes caracteriza las teorías de la personalidad como aquellas que entienden el vínculo entre el autor de una obra y su creación como un mecanismo para el desarrollo de la personalidad, condición necesaria para

su reconocimiento como individuo (Hughes, 1988: 28). Como veremos, al comparar esta versión de estas teorías con lecturas más pormenorizadas de las obras de Kant y Hegel, aparece que ella presenta una imagen inexacta del rol que ellos asignan al derecho de autor.

Kant y el uso público de la razón

En el caso de Kant, la relación entre la obra y su autor es compleja, y para comprenderla a cabalidad es necesario entender su justificación de la propiedad privada. Para estos efectos, es útil analizar la exposición que Merges (2011) desarrolla y luego la crítica que hace Barron (2012) a la interpretación de Merges.

Merges sostiene que la idea general detrás del proyecto kantiano es la autonomía individual. De este modo, el argumento de Kant sería el siguiente: para llevar a cabo los proyectos necesarios para desarrollar su personalidad, los individuos deben poder usar libremente los objetos que hay en el mundo. A su vez, esto supone que los individuos podrán mantener bajo su control dichos objetos. En consecuencia, la propiedad privada se justifica a partir del interés que los individuos tienen en desarrollar sus proyectos (Merges, 2011: 70). Ella es necesaria, puesto que supone el deber de terceros de abstenerse de afectar la libertad del titular del derecho de propiedad, interfiriendo en el control que este puede tener sobre los bienes necesarios para desarrollar su plan de vida (Merges, 2011: 72).

Para proteger la propiedad privada, surge la sociedad civil, puesto que el control sobre los objetos que es necesario para el desarrollo del plan de vida de los individuos no es un hecho bruto, sino que debe trascender al control físico que un individuo ejerce sobre un objeto (Merges, 2011: 73). Esta estabilidad permite a los individuos utilizar los objetos para actuar en el mundo, y en este sentido, la autonomía de los individuos se manifiesta a través de ellos (Merges, 2011: 75-76). De acuerdo con Merges, este argumento es totalmente coherente con el derecho de los autores a controlar sus obras, pues la producción de obras siempre involucra una manifestación de la autonomía de su creador (Merges, 2011: 79). Bajo esta perspectiva, aumentar el rango de objetos sobre los cuales se puede reclamar propiedad supone aumentar las posibilidades de autonomía para los individuos, puesto que amplía el rango de objetos a través de los cuales ellos pueden actuar en el mundo (Merges, 2011: 80). Así, el creador de su obra no sólo tiene derecho a controlar el acceso a ella, sino que, además, a fijar un precio por ello, pues sólo así puede obtener las condiciones materiales para realizar su autonomía (esto es, ganarse la vida a través de la venta de sus obras). Merges sostiene que cualquier concepción de la propiedad privada que no tome esto en consideración es «deficiente» (Merges, 2011: 81).

Ahora bien, Merges concede que el concepto kantiano de propiedad no es puramente individualista, puesto que la propiedad privada debe estructurarse de manera

tal que no interfiera con las esferas de autonomía de terceros (Merges, 2011: 88). Así, cuando un individuo se apropia de un bien, todos los demás tienen el deber de no interferir con la posesión que tiene sobre dicho bien. Bajo esta perspectiva, interferir con la posesión de un bien que otro ha adquirido legítimamente equivale a dañarlo, lo que es incompatible con el imperativo categórico kantiano (Merges, 2011: 89). De este modo, si bien la propiedad privada es condición necesaria para el desarrollo de la autonomía de los individuos, los derechos de propiedad deben ser compatibles con los de los otros miembros de la comunidad política (Merges, 2011: 90).

La doctrina ha utilizado este argumento para justificar los derechos morales y, en general, una protección fuerte a los derechos de los autores sobre sus obras (Yoo, 2012). Sin embargo, como veremos a continuación, esta presentación de la teoría kantiana es implausible, no sólo como una reconstrucción de la justificación kantiana de la propiedad privada, sino que, además, como una teoría del derecho de autor.

Tal como señala Barron (2012), la construcción tradicional de las teorías kantianas suele enfocarse en justificar la existencia de derechos de propiedad sobre las obras del intelecto (Barron, 2012: 30), sin considerar que Kant no se refiere a los derechos de autor como derechos de propiedad en su ensayo de 1785, titulado «Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks» («Sobre la ilegalidad de la publicación no autorizada de libros») (Kant, 1996: 25-35, que es la fuente típicamente citada por estas teorías, sino que como derechos que el autor tiene sobre su propia expresión (Barron, 2012: 6). El argumento, en términos generales, consiste en distinguir el libro en tanto objeto material, del libro como soporte para la expresión del autor. Un libro, en el primer sentido, es un objeto susceptible de dominio como cualquier otro. Sin embargo, un libro también es soporte o vehículo para la expresión de un autor. En palabras de Kant, «hay razones para considerar la publicación de una obra no como el comercio de un producto a *nombre propio*, sino como una *forma de mandato a nombre de otro* [as carrying on an affair in the name of other]» (Kant, 1996: 29).¹ En consecuencia, equivale a una acción. De esto se sigue que la publicación no autorizada de copias de la obra de un autor no sólo implica la venta (ilegítima) de productos, sino que además implica una apropiación del discurso del autor. En cierto sentido, equivale a forzarlo a expresarse, a reconocer el libro como propio y tomar responsabilidad por lo que en él se expresa (Barron, 2012: 7-8).

Más importante aún es el hecho de que, al vincular el proyecto kantiano con nociones contemporáneas de autonomía de corte liberal, estas teorías malinterpretan el alcance y contenido de lo que Kant quería decir respecto de los derechos de los autores sobre su obra. Barron se opone a esta lectura liberal, puesto que ella es inconsistente tanto con la literalidad de los textos de Kant, como con la lógica de su sistema filosófico. Una lectura liberal confunde dos formas de libertad que, para Kant, pese a

1. Traducción propia, cursivas en el original.

estar relacionadas, deben distinguirse. Así, una lectura adecuada del ensayo de 1875 supone distinguir entre estas formas de libertad. En esta lectura, la filosofía kantiana tiene por objetivo el proyecto colectivo de una comunidad comunicativa emancipada. En consecuencia, el derecho de autor debe analizarse bajo esta la perspectiva de materializar las condiciones para la Ilustración:

La Ilustración es la emergencia de un individuo de su inmadurez autoinflingida [*self-incurred immaturity*]. La inmadurez es la incapacidad de utilizar el entendimiento propio sin una guía externa. Esta inmadurez es autoinflingida si su causa no es falta de entendimiento, sino de resolución y coraje. La máxima de la Ilustración es, por lo tanto: ¡*Sapere aude!* [¡Atrévete a saber!] Ten el coraje de usar tu propia razón (Kant, 1991: 54).

En la filosofía política contemporánea, la noción de autonomía se encuentra fuertemente vinculada al proyecto liberal ilustrado. En consecuencia, se suele entender que autonomía equivale al derecho que cada individuo tiene respecto del desarrollo libre de su personalidad. Ella presupone una esfera privada en la cual cada individuo es libre para elegir su propio plan de vida sin interferencia de terceros, en la medida en que esos planes, a su vez, no interfieran o perjudiquen el interés legítimo que dichos terceros tienen en desarrollar su propio plan de vida. En particular, supone que los deseos de cada individuo son constitutivos de esta personalidad, en la medida que ellos se manifiestan a través de las distintas acciones que conforman la identidad de cada individuo.

Sin embargo, esta concepción de autonomía es muy distinta del concepto kantiano (Barron, 2012: 9). Este se construye a partir de la interacción de dos sentidos en los cuales se puede expresar o manifestar dicha autonomía:

Como *Willkür*, la voluntad puede ser considerada como una especie de autoridad legislativa y ejecutiva, que determina las reglas para la acción al tiempo que implementa estas reglas a través de ella; como *Wille*, puede considerársele como una especie de autoridad constitucional, evaluando nuestras reglas ordinarias para la acción respecto de la ley moral ordenada por la razón pura (Barron, 2012: 9; cursivas en el original).

El primero corresponde a la forma de razonamiento práctico que consiste en organizar u orientar la acción para obtener un objetivo (por ejemplo, «si deseo llegar pronto a clases, debo tomar un atajo»). Así, *Willkür* corresponde al sentido liberal clásico de autonomía. Sin embargo, para Kant, la acción orientada a la satisfacción de deseos no es autónoma, sino heterónoma, puesto que las reglas para la acción vienen dadas por el objeto del deseo (en este caso, llegar puntualmente a clases) y no por la razón. Este segundo sentido de autonomía es lo que Kant denomina *Wille*, y dice relación con la validez moral de las razones que un individuo tiene para actuar

(siguiendo con el ejemplo anterior, «es correcto llegar puntualmente a clases pues demuestra respeto, tanto por mis compañeros como por mi profesor»):

Sin embargo, la forma limitada de libertad involucrada en la operación del *Willkür* presupone necesariamente para Kant una forma superior de libertad, bajo la cual la acción es determinada únicamente por la razón. Kant llama a esta forma de libertad «voluntad libre» o «autonomía» y sostiene que ella es la que está en juego cuando el *Wille* pone a prueba la validez moral de nuestras formas de acción. El uso «puro» de la razón práctica implica trascender nuestros deseos empíricamente dados y decidir qué hacer desde el punto de vista de la razón pura; sólo cuando actuamos de acuerdo a la razón es que somos verdaderamente autónomos (Barron, 2012: 10; cursivas en el original).

Por lo tanto, sólo en aquellos casos en que los individuos trascienden sus objetivos y actúan de acuerdo a los dictámenes de la razón, ellos son autónomos en el sentido estricto del término. Este es el sentido del imperativo categórico kantiano: las leyes de la razón (*Wille*) que gobiernan nuestros actos deben ser universalizables (Barron, 2012: 10).

A su vez, la teoría del derecho de Kant tiene como objetivo conciliar esta noción de autonomía con la función coercitiva del derecho. En este caso, el foco radica en justificar el uso de la fuerza en contra de los agentes morales. Simplificando, la necesidad de coacción nace de las condiciones de escasez en las que los humanos habitamos.

De acuerdo con Barron, el concepto de derecho kantiano surge de la interacción entre las condiciones de la vida humana y los principios morales que deben informar las relaciones humanas. De este modo, las acciones de un individuo pueden interferir con la autonomía de otro en dos sentidos: ya sea privándolo de los medios necesarios para perseguir sus propios fines, o utilizando dichos medios para fines ajenos a ese individuo. La idea central es que estas interferencias son incorrectas, puesto que son incompatibles con la agencia del otro. La autonomía (*Willkür*) no es el asunto principal bajo esta perspectiva, el principio del derecho kantiano dice relación con determinar las condiciones bajo las cuales la libertad de los individuos, en cuanto agentes capaces de determinar objetivos y asegurar los medios para la consecución de dichos objetivos (*Wille*), puede ser asegurada. En vista de que los individuos deben coexistir, esta libertad debe ser compatible con la libertad equivalente de los demás (Barron, 2012: 11). Así, en un primer nivel, los individuos tienen derecho a aquellas libertades presupuestas por el hecho de ser considerados agentes.

Dado que las personas deben disponer de objetos externos para la consecución de los fines que su calidad de agentes presupone, surge un segundo nivel de derechos: el derecho privado. Este consiste en el conjunto de reglas cuyo objeto es regular el uso que los individuos pueden dar a los medios de los que disponen para la obtención de

sus fines. Sin embargo, este derecho es imposible sin una autoridad que dicte reglas y determine las condiciones de su aplicación. Así, surge un tercer nivel en la teoría del derecho de Kant, el derecho público, que consiste en los poderes del Estado y sus respectivas funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Estas funciones están orientadas para garantizar la creación, transferencia y aplicación del derecho privado.

En el estado de naturaleza, los derechos naturales de los individuos no están asegurados. Cuando un individuo se apropia de un objeto, ejerciendo así su libertad externa, ejecuta un acto unilateral que pretende excluir a todos los demás del objeto apropiado. En este sentido, este acto de apropiación compromete la libertad de todos los demás. Dado que esta apropiación en principio es inconsistente con la autonomía de los otros agentes, es necesario establecer las condiciones bajo las cuales los derechos individuales puedan ser determinados y respaldados por una autoridad pública (Barron, 2012: 12). Esta noción de una autoridad pública que actúa en nombre de todos los miembros de la comunidad política es la que nos entrega el objetivo político de la teoría kantiana: salir del estado de naturaleza y alcanzar un orden político justo.

Para evaluar la justicia de un orden político determinado, hay dos principios relacionados que son centrales: la independencia de cada miembro del Estado en cuanto ciudadano (esto es, «colegislador») y el principio de publicidad (Barron, 2012: 13). El criterio de ciudadanía es aquél a través del cual se determina a quién debe representar esta autoridad pública que actúa en nombre de «todos». De acuerdo a Barron, la exigencia kantiana de poseer propiedad para ser considerado un ciudadano, no debe ser leída simplemente como un prejuicio burgués, sino que debe ser interpretada como un compromiso fuerte con la noción material o sustantiva de agencia que el concepto de ciudadanía supone:

Para que tenga sentido, la agencia política debe ser sustantiva y no meramente formal. Más aún, dado que Kant claramente pretendía ofrecer una explicación dinámica de las fuerzas que impulsan a las instituciones políticas hacia el ideal de justicia, la ciudadanía puede ser entendida no como una condición estática, ante la cuál una persona califica o no, sino que un ideal de «madurez» política al que todas las personas (incluidas las mujeres y los niños) aspiran y del cual nadie se encuentra excluido, al menos en principio (Barron, 2012: 13).

¿Bajo qué condiciones pueden los agentes de una comunidad política actuar colectivamente? La respuesta a esta pregunta se relaciona con el problema del consentimiento en el estado de naturaleza. La idea de un estado de naturaleza, supone que el fundamento de la capacidad de los hombres de apropiarse de las cosas del mundo descansa en que éstas le fueron otorgadas por Dios a la humanidad en su conjunto. En consecuencia, si un individuo consume un determinado bien del acervo común de la humanidad sin apropiárselo previamente, estaría contraviniendo la ley natural, pues estaría privando a la comunidad de un bien que le pertenece. Sin embargo, la

apropiación individual de los bienes es necesaria, puesto que ella es condición para el uso y consumo de éstos.

Es en este contexto que surge la pregunta de cómo es posible la apropiación individual de bienes. Obtener el consentimiento de parte de toda la humanidad para cada transferencia de un bien determinado a un individuo es prácticamente imposible. En consecuencia, la cuestión radica en qué condiciones deben cumplirse para que sea posible suponer que los individuos hubieran consentido a este acto. Para Kant, la solución a este problema yace en la capacidad de los ciudadanos para discutir públicamente acerca de la corrección de las reglas que el soberano promulga y que permiten salir del estado de naturaleza. Los ciudadanos tienen el deber de obedecer estas reglas, pues lo contrario implica el retorno a este estado, lo que es irracional. Sin embargo, al mismo tiempo cada ciudadano tiene derecho a juzgar la corrección de estas reglas y a expresar su conformidad o disconformidad con ellas:

Sería muy dañino si un oficial, durante el cumplimiento de sus deberes oficiales, al recibir una orden de sus superiores, objetara abiertamente acerca de la propiedad o utilidad de la orden. Él debe obedecer sin más. Pero no puede prohibírsele razonablemente que haga observaciones desde la perspectiva de un estudioso [*a man of learning*] sobre los errores del servicio militar, ni tampoco que ofrezca dichas observaciones al público para que éste las juzgue. Un ciudadano no puede rehusarse a pagar impuestos; críticas presuntuosas de tales impuestos podrían ser castigadas como exabruptos que podrían llevar a la insubordinación general. Sin embargo, el mismo ciudadano no contraviene sus obligaciones civiles si, como un individuo ilustrado [*a learned individual*], expone públicamente sus ideas acerca de la impropiedad o incluso la injusticia de estas medidas fiscales. Del mismo modo, un sacerdote está obligado a la instrucción de sus estudiantes y su congregación de acuerdo a las doctrinas de la iglesia a la que sirve, pues él ha sido empleado por ella bajo esta condición. Pero como un estudioso [*scholar*], se encuentra totalmente libre al igual que obligado de impartir al público todos sus pensamientos cuidadosos y bien intencionados acerca de los aspectos erróneos de dichas doctrinas y ofrecer sugerencias para mejor organizar los asuntos eclesiásticos y religiosos (Kant, 1991: 56; traducción propia).

Así, al construir colectivamente los estándares que deben guiar el proceso legislativo hacia la realización de la voluntad general, los ciudadanos se vuelven colegisladores. Esta es la lógica que subyace al vínculo que Kant establece entre «publicidad» (la justificación de reglas en la esfera pública) y justicia o derecho. En efecto, la publicidad:

No sólo es apropiada por un tema de prudencia (puesto que los soberanos realmente existentes son falibles y a menudo sancionan leyes que contradicen las demandas de la razón, mientras que la discusión pública permite prever o corregir es-

tos errores), sino que es una condición trascendentalmente necesaria para la justicia de las reglas (2012: 15).

Los estándares construidos colectivamente no consisten en la agregación de las opiniones individuales, sino que reclaman validez universal y, en ese sentido, constituyen el mecanismo a través del cual se puede alcanzar el objetivo de la Ilustración, esto es, la liberación de fuerzas heterónomas que guíen nuestra razón. Lo que Kant exige es la emancipación de nuestra razón de aquellos factores que disminuyen su autoridad. Esto se obtiene a través de la comunicación pública.

Para Kant, el concepto de comunicación pública se caracteriza por *el tipo de razones* que se entregan públicamente. El concepto de «público» en la teoría de Kant no se refiere al contexto en el que una opinión es emitida. Por ejemplo, el sermón dado por un sacerdote, las órdenes de un oficial del ejército o los requerimientos de una autoridad administrativa, a pesar de estar dirigidas a grupos de personas, no se involucran en una comunicación pública, sino en una comunicación privada, en la medida que esa comunicación supone un uso «privado» (no público) de la razón (Barron, 2012: 15). Esto es, son guiadas por las reglas particulares que regulan la actividad del sacerdote, el oficial del ejército o la autoridad administrativa. En cambio, la comunicación pública tiene que ver con el contenido de los enunciados. Cuando las razones reclaman para sí validez universal en tanto razones y no en virtud de las reglas particulares (privadas) que regulan una actividad pueden ser consideradas públicas:

Al decir uso público de la razón quiero decir aquél disponible para cualquier persona que se dirige al público lector [*reading public*] como una *persona ilustrada* [*a man of learning*]. Lo que llamo el uso privado de la razón es aquél que una persona utiliza en el desarrollo de un cargo u oficio *civil* [*civil post or office*] que se le ha confiado (Kant, 1991: 55; traducción propia, cursivas en el original).

El uso de la razón que alguien empleado como un tutor hace en la presencia de su congregación es absolutamente *privado*, dado que dicha congregación, sin importar lo grande que sea, nunca es más que una agrupación doméstica. En vista de lo anterior, éste no es ni puede ser libre en tanto sacerdote, dado que está actuando en virtud de una comisión impuesta desde fuera. Del mismo modo, como un estudioso [*scholar*] que se dirige al público real (por ejemplo, el mundo en general) a través de sus escritos, el mismo sacerdote, haciendo *uso público* de su razón, disfruta de una libertad sin límites para usar su propia razón y hablar por sí mismo [*to speak in his own person*] (Kant, 1991: 57; traducción propia, cursivas en el original).

El principio de publicidad implica que el uso público de la razón es indispensable para que ella pueda reemplazar a la tradición o el poder en tanto fuentes de autoridad (Barron, 2012: 18). De este modo, es un requisito de la justicia establecer arreglos institucionales que garanticen las condiciones para el uso público de la razón.

El derecho de autor forma parte de este entramado institucional, puesto que, para

la realización efectiva de la esfera pública, es condición necesaria asegurar la producción de artefactos culturales para el consumo de los ciudadanos. Es a través de la producción cultural que los autores se comunican con el público, haciendo de este modo uso público de la razón, en el sentido explicado anteriormente. Es por esto que la libertad de expresión incluye el derecho de comunicarse con el público por escrito, mientras que la libertad de prensa supone la libertad para producir y distribuir estos textos de manera masiva.

La comunicación de un autor con su público a través de medios escritos no puede haber sido considerada por Kant como una forma subsidiaria de discurso, pues ella se presta más fácilmente que la comunicación oral al uso público de la razón, ya que orienta al autor a un público desconocido y, por lo tanto, fomenta la conciencia acerca de la necesidad de comunicarse en términos que puedan ser aceptados por todos. Creo que la única conclusión posible después de leer los comentarios de Kant sobre la publicidad en relación a la publicación de obras, es que elaboró su postura respecto de los derechos de los autores, los editores de libros y los lectores con el objeto de mostrar cómo debía organizarse la publicación comercial de obras si es que lo que se pretendía era nutrir la esfera pública, el espacio institucional para el uso público de la razón (Barron, 2012: 23).

Ésta es, de acuerdo con Barron, la manera correcta de entender la postura de Kant. El derecho del autor no responde sólo al interés del creador de la obra, sino que además es el vehículo para el desarrollo de una cultura emancipada, en tanto condición necesaria para el ejercicio de la crítica y, por lo tanto, para el desarrollo de un orden político legítimo. Como podemos apreciar, desde esta perspectiva, el interés tutelado no es sólo el del autor, sino que además lo es el interés del público de acceder a las obras del intelecto, en tanto ésta es una condición necesaria para la crítica abierta y la conformación de una esfera pública ilustrada (Barron, 2012: 26). En consecuencia, bajo esta lectura, la facultad de los titulares de derechos de autor para controlar el acceso a sus obras tiene como límite los requisitos impuestos por el proyecto de crear una comunidad política emancipada. Como veremos, la misma idea se encuentra presente en el pensamiento hegeliano.

Autonomía y comunidad en Hegel

Tal como señalamos anteriormente, las teorías de la personalidad, en sus versiones más difundidas, se basan en una lectura liberal de las teorías de la propiedad privada de Hegel y Kant. Por ejemplo, Justin Hughes (Hughes, 1988), uno de los autores más influyentes en materia de filosofía de la propiedad intelectual en la academia norteamericana, a pesar de reconocer que Hegel posee una concepción de la autonomía distinta a la del liberalismo clásico, ha señalado que la diferencia reside en quién es el titular de dicha autonomía, lo que no implicaría una diferencia sustantiva en la natu-

raleza de la libertad: «[La diferencia entre nociones hegelianas y liberales] de la libertad radica [...] en cuál debe ser el destinatario de la libertad antes que la naturaleza de esta libertad. Ambos reconocen que la libertad implica expresión y realización» (Hughes, 1988: 331).

Sin embargo, la interpretación liberal de la teoría de Hegel no es correcta. En primer lugar, para Hegel la autonomía no equivale simplemente a la ausencia de coacción externa, sino que ella se realiza en un contexto histórico determinado. Así, la libertad involucra la participación de los agentes en un proceso histórico que da forma a su percepción y la realización de su libertad.

En segundo lugar, si bien es correcto afirmar que el reconocimiento de la propiedad privada es central para el reconocimiento de la autonomía de los individuos en la teoría hegeliana, de ello no se sigue que el Estado deba establecer derechos de control amplios en el caso del derecho de autor. A pesar de tener un estatus equivalente a la propiedad sobre bienes físicos, la propiedad intelectual no tiene un rol especial en la teoría hegeliana de la propiedad (Schroeder, 2004: 3). Como veremos, esto tiene consecuencias relevantes para la relación entre derecho de autor y democracia.

Al igual que Merges para el caso de la teoría kantiana de la propiedad privada, Hughes asume que la propiedad privada para Hegel es valiosa en tanto permite la expresión de la voluntad individual en el mundo:

Actuar sobre las cosas es un paso inicial en la lucha por la autoactualización. Los derechos de propiedad sancionados socialmente no activan esta autoactualización; ellos sólo son medios para proteger el intento inicial de los individuos de imponer su voluntad sobre el mundo. Una vez que aceptamos que la autoactualización se manifiesta en objetos permanentes al igual que en actos efímeros, los derechos de propiedad adquieren un propósito importante en evitar que los hombres queden atrapados en un conflicto eterno en el que cada individuo intenta proteger sus primeros intentos de autoactualización de los ataques de otros. La propiedad se vuelve expresión de la autonomía, una parte de la personalidad y crea las condiciones para fomentar la libertad de acción (Hughes, 1988: 333).

Para entender por qué esta lectura del sistema hegeliano de la propiedad privada es inadecuada, es necesario entender la relación entre autonomía individual y comunidad en el proyecto político de Hegel. De acuerdo con Charles Taylor (2015), el proyecto político de Hegel consiste en reconciliar los dos principios rectores de la modernidad: la libertad radical y la expresión integral. Esta reconciliación sería la culminación del proyecto moderno y significaría la superación de las oposiciones en la que ambos conceptos se definen recíprocamente.

Previo a continuar con este argumento, es conveniente aclarar en qué consiste esta «reconciliación» o «superación de oposiciones» en la teoría hegeliana.

La lógica hegeliana, de donde proviene la noción de la dialéctica, pretende dar res-

puesta a los límites de la cognición humana que Kant introdujo en su epistemología (Scruton, 2002). Así, el concepto de dialéctica surge de la interpretación que Hegel hace de las conclusiones a las que llega Kant. De acuerdo con Hegel, las contradicciones a las que se refiere Kant sólo son contradicciones desde el punto de vista limitado del entendimiento humano y podrían ser resueltas adoptándose otro punto de vista. Scruton sugiere una analogía para aclarar este punto: es como cuando una persona a bordo de un tren observa que la estación se aleja del tren. Otro individuo, al mismo tiempo, observa que la estación está quieta y que es el tren el que se mueve hacia adelante. Ambos juicios se encuentran en contradicción. Esta contradicción puede «resolverse» al adoptar el punto de vista imparcial del pensamiento científico, en el que ambos juicios se revelan falsos. La verdad de la situación sólo puede ser adecuadamente descrita por una teoría científica que no tome en consideración el punto de vista subjetivo (Scruton, 2002: 171). Es en este sentido que la dialéctica consiste en este proceso de «trascender» las contradicciones.

Del mismo modo, la superación dialéctica entre libertad radical y la expresión integral se logra cuando uno comprende que cada uno de los términos dicotómicos, al ser entendidos correctamente, aparecen no como opuestos, sino como idénticos entre sí. Esto se debe a que las relaciones de oposición y de identidad están vinculadas entre sí,

ninguna de ellas puede existir por sí sola, esto es, mantenerse como la única relación vigente entre un par de términos. La relación entre ambas es, en cierto modo, circular. Una oposición surge de una identidad anterior y a su vez da lugar a una oposición. De esto se sigue que una oposición no es simplemente una oposición; la relación de cada término con su opuesto es una relación particularmente íntima. No se relaciona simplemente con un otro, sino con su otro y esta identidad escondida necesariamente se reafirma a sí misma en la recuperación de la unidad (Taylor 2015: 15).

La superación dialéctica consiste en el proceso de «descubrir» la unidad subyacente a las oposiciones, una vez que estas oposiciones han sido correctamente comprendidas. Así, por ejemplo, en la teoría del sujeto hegeliano, el hombre no se mantiene eternamente atrapado en la oposición entre los conceptos de pensamiento y vida, razón y naturaleza. La superación dialéctica supone que cada uno de los términos en esta oposición es transformado para poder alcanzar una unidad superior. De este modo, la naturaleza debe transformarse para ser una expresión de la razón. Al mismo tiempo, la razón deja de ser concebida de manera estrecha como negación de lo natural, para concebir a la naturaleza como dotada de sentido o de racionalidad. A su vez, esto permite que:

Nuestra naturaleza, esto es, nuestra vida individual y colectiva en su interacción con lo que nos rodea, expresa un plan racional que trasciende al del individuo autónomo; y un modo de conciencia superior en el que somos capaces de apreciar este

plan superior e identificarnos con él. Hegel reserva la expresión «razón» (*Vernunft*) para este modo de conciencia y denomina aquella visión de las cosas como divididas «entendimiento» (*Verstand*) (Taylor, 2015: 22).

Ahora bien, es necesario que este proceso dialéctico se manifieste también en el mundo. Para Hegel, los conceptos, tales como personalidad o moralidad, deben actualizarse para ser «realmente» conceptos. Por ejemplo, en el binomio naturaleza-razón, el primero de estos conceptos se manifiesta a través de un individuo que tiene un cuerpo. Al mismo tiempo, una idea debe ser expresada a través de un medio para ser manifestada el mundo. De este modo, la expresión «modo de vida» en Hegel, pretende abarcar ambos aspectos del binomio naturaleza-razón. El modo de vida es simultáneamente una manera de desarrollar las funciones básicas de la vida y, adicionalmente, una expresión cultural que revela y determina lo que somos. Son modos de intercambio que sostienen la vida y la reproducción, pero además traen consigo una dimensión valórica (Taylor, 2015: 24). Así, para comprender adecuadamente cualquier fenómeno humano, debemos tomar en cuenta ambas dimensiones del «modo de vida» del cual este fenómeno es expresión.

Para Hegel, la historia humana es la historia del proceso de adquisición de una conciencia plena acerca de nuestros modos de vida y de la forma en que dicha conciencia ha sido expresada en el mundo. Así, por una parte tenemos el proceso a través del cual vamos adquiriendo conciencia del sentido que expresan «en abstracto» nuestras formas de vida y, por otra, el proceso a través del cual estas formas de vida llegan a expresar dicho sentido «en concreto» (Taylor, 2015: 25). A esto responde la idea hegeliana de que el sentido de la historia consiste en la realización del binomio razón-libertad: el objetivo es llegar a la realización de las ideas de libertad y razón, ideas que son expresadas finalmente en el Estado moderno. Éste es, en términos generales, el proyecto político bajo cuyo marco conceptual se debe estudiar la filosofía del derecho hegeliana y, particularmente, su postura respecto del derecho de autor.

Las instituciones, como por ejemplo el derecho penal, el derecho de contratos y la propiedad privada, son mecanismos a través de los cuales las ideas de libertad y razón se expresan. Es en la naturaleza de este vínculo donde radica la clave para entender la teoría de la propiedad hegeliana. Como vimos anteriormente, *Willkur* corresponde al concepto kantiano de autonomía del proyecto liberal ilustrado. De acuerdo con Hegel, esta forma de autonomía, al ser definida como ausencia de coacción, no posee contenido. Es un concepto abstracto, en tanto su contenido es indeterminado (Hegel, 2000: 89-90). Al igual que Kant, Hegel considera que esta noción de autonomía es incompleta. Cuando un sujeto elige un curso de acción para satisfacer sus deseos, aún no se ha liberado completamente de la naturaleza, puesto que, si bien este deseo es «formalmente libre», su contenido todavía está dado por la naturaleza, en tanto sus deseos son determinados por ella.

En efecto, el mero hecho de poder elegir no significa que un agente sea independiente de la naturaleza, dado que el rango de acciones posible corresponde a los deseos que posee dicho agente. Así, el «deseo arbitrario es libre formalmente, pero restringido en contenido. Se percibe a sí mismo como libre y al elegir es consciente de que se determina a sí mismo. Sin embargo, todo su contenido se encuentra determinado» (Knowles, 2002: 41).

En oposición a esta noción formal de autonomía como ausencia de coacción, Hegel (al igual que Kant), propone una noción alternativa de autonomía. Para Hegel, una noción completa de autonomía requiere tener un objeto que no sea concebido como una limitación a ella, pues el contenido de la voluntad no se encuentra constreñido por la naturaleza. Esto es, que no sea concebido como externamente determinado. Si un individuo concibe su deseo como causalmente determinado por las características o hechos del mundo (por ejemplo, las leyes de la física o las convenciones sociales), esta condición no se satisface. Sin embargo, los individuos son capaces de incorporar estas constricciones, de interpretarlas como manifestaciones de su libertad (Knowles, 2002: 50). Por ejemplo, un padre (que se comporta como tal) no interpreta las exigencias de la vida familiar como una restricción de su autonomía, sino que como una realización de ésta.

Éste es el rol que juegan las instituciones jurídicas para Hegel, al operar no como límites a la autonomía de los individuos, sino como la realización de ésta en el mundo. Así, la personalidad jurídica y la capacidad de ser portador de derechos son los mecanismos que tenemos para actualizar nuestra libertad. Sin embargo, estos derechos son abstractos, no han sido expresados en el mundo. La subjetividad creada por el derecho abstracto es meramente formal, y necesita por tanto ser actualizada a través de interacciones con otras personalidades, esto es, otros individuos.

El individuo que busca reconocimiento (que su subjetividad se manifieste en el mundo) debe diferenciarse de los otros, y la manera en que esto se logra es a través del establecimiento de relaciones con otros sujetos (Hegel, 2000: 130). A su vez, la relación entre sujeto y objeto se define por oposición: un objeto es todo aquello que no es capaz de transformarse en un sujeto, o sea, de actualizar su subjetividad:

La palabra «cosa», así como la expresión «lo objetivo», tiene significaciones opuestas. Por una parte, cuando se dice: esto es la cosa, se trata de la cosa y no de la persona y tiene la significación de lo sustancial. Por otra parte, respecto a la persona (es decir, no respecto al sujeto en particular) la cosa es lo *opuesto a lo sustancial*, lo únicamente externo según su determinación. Lo que para el espíritu libre, el cual tiene que ser distinguido de la mera conciencia, es lo externo, es en sí [*an sich*] y para sí, y por eso la determinación de concepto de la naturaleza es ésta: ser lo externo en ella misma (Hegel, 2000: 123-124).

Lo anterior implica que no existe tal cosa, para Hegel, como «objetos naturales»,

un objeto es reconocido como tal por la voluntad del sujeto que opera sobre él. De este modo, si yo someto a otro individuo a mi voluntad, lo estoy tratando como un objeto. En este sentido, las instituciones jurídicas «median» entre las voluntades de cada uno de los sujetos. De otro modo, los individuos nunca podrían alcanzar el reconocimiento, puesto que, sin la mediación de las instituciones jurídicas, estarían simplemente imponiendo su voluntad sobre el otro, en cuyo caso éste es considerado como un objeto, incapaz de reconocer la agencia del otro. El contenido de estas relaciones es irrelevante, en tanto ellas sean una expresión de su autonomía:

Lo racional de la propiedad no yace en la satisfacción de la necesidad vital, sino que en ella se supera la mera subjetividad de la personalidad. Sólo en la propiedad es la persona como razón. Aunque la primera realidad de mi libertad está en una cosa externa y es de ese modo una realidad defectuosa, la personalidad abstracta no puede tener justamente ninguna otra existencia empírica más que en la determinación de la inmediatez (Hegel, 2000: 123).

En consecuencia, desde el punto de vista del reconocimiento de la autonomía individual, lo importante es que este reconocimiento se lleve a cabo. Así, Hegel considera que el Estado de derecho debe reconocer alguna forma de derecho de propiedad, pero no considera relevante «proteger derechos de propiedad en específico. Éstos son puramente contingentes» (Schroeder, 2004: 4). Aquí, lo que es contingente es el alcance que deben tener los derechos de propiedad dentro de una comunidad política. Así, la regulación específica del derecho de autor (en tanto una forma particular de propiedad privada) es para Hegel una cuestión contingente, sujeta a las características particulares del orden jurídico de cada comunidad política. No es el contenido de la obra del intelecto y su vínculo con la personalidad del autor lo que justifica otorgarle el estatus de propiedad a los derechos de autor, como afirman las versiones tradicionales de las teorías de la personalidad, sino que sus características formales. Para Hegel, la propiedad consiste en una relación entre individuos, cuyo contenido es un objeto, y no una relación entre un sujeto y un objeto, como presuponen los defensores de las teorías de la personalidad (Penner, 1997: 169-186).

Por otra parte, es una postura ampliamente aceptada en la teoría del derecho de autor considerar que los derechos morales son la manifestación institucional de la relación especial que el autor tiene con su obra y que su existencia confirma las intuiciones morales detrás de las teorías de la personalidad en su concepción liberal (Walker Echenique, 2014: 145). En particular, los derechos morales expresan la idea de que la alteración o destrucción de una obra, sin el consentimiento de su autor, constituye un daño a éste.

Una de las características de los derechos morales es que son inalienables (en particular, nuestro sistema jurídico expresa esta idea en los artículos 16 y 14 de la Ley 17.336). Sin embargo, esta característica es inconsistente con la justificación hegeliana

de la propiedad privada. De acuerdo con Hegel, la manifestación más conspicua del derecho de propiedad consiste precisamente en la enajenación del bien a través de un contrato:

Si la prescripción es una enajenación con voluntad no explícita directamente, la verdadera enajenación es una explicitación de la voluntad de que no quiero considerar más a la cosa como mía. También puede ser concebido el todo de que la enajenación sería una verdadera toma de posesión. La toma de posesión inmediata sería el primer momento de la propiedad. Asimismo, por el uso se adquiere propiedad, y el tercer momento es entonces la unidad de ambos: toma de posesión mediante enajenación (Hegel, 2000: 142).

Es a través de este acto que los individuos manifiestan su libertad al actuar como personas, esto es, como sujetos de derechos y obligaciones recíprocos. En este sentido, parece extraño justificar la inalienabilidad de los derechos morales utilizando argumentos hegelianos, justamente cuando la capacidad de alienación es lo que caracteriza la posición de titular de un derecho de propiedad.

Otra consecuencia importante de la teoría hegeliana de la propiedad privada es el hecho de que uno no pueda poseer «ideas» u «objetos abstractos» no implica que el derecho de autor sea un caso «raro» de propiedad privada (Drahos, 1996: 18-21), sino que es un caso normal (Schroeder, 2004: 44). Esto se explica porque para Hegel, si bien la posesión y el uso o goce de los bienes son necesarios para lograr el reconocimiento mutuo de los individuos, no son suficientes para expresar o caracterizar la posición de dueño. La posesión es simplemente la exclusión de otros al uso de un bien, es un hecho bruto. Desde el punto de vista de su uso, todos los bienes son equivalentes, y por lo mismo no permiten al individuo diferenciarse y de esta manera alcanzar reconocimiento. Como ya vimos, el individuo busca reconocimiento a través de la propiedad como una manera de actualizar su libertad, pero en el uso, el individuo depende del objeto para la satisfacción de su deseo y, por lo tanto, falla a la hora de realizar su objetivo. En cambio, en el caso del dominio, el sujeto puede lograr el reconocimiento sin por eso depender del objeto para la realización de su libertad.

El que yo tenga algo en mi poder externo constituye la posesión, así como el aspecto particular de que yo convierta algo en lo mío a partir de necesidades vitales naturales, instinto y arbitrio, es el interés particular de la posesión. Pero el aspecto de que yo como voluntad libre me objetivo en la posesión y sólo así soy voluntad real, constituye lo verdadero y jurídico en la determinación de la propiedad.

Con respecto a la necesidad vital, tener propiedad aparece como medio, cuando se convierte a esa necesidad vital en lo primero, pero la verdadera posición es que, desde el punto de vista de la libertad, la propiedad, como la primera existencia empírica de la libertad, es finalidad esencial para sí (Hegel, 2000: 126).

Al vincularse contractualmente, los individuos reconocen mutuamente su agencia, y la enajenación del objeto del cual el sujeto es dueño no impide su reconocimiento como individuo; al contrario, es expresión de su autonomía.

¿Qué implica esto para la regulación del derecho de autor? Para responder a esta pregunta, es necesario volver sobre la relación entre propiedad privada y Estado. El núcleo de la teoría hegeliana del Estado se encuentra contenida en el parágrafo 260 de la *Filosofía del derecho* (Hegel, 2000: 308-309; cursivas en el original):

El Estado es la realidad de la libertad concreta; pero la *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal [*Einzelheit*] y sus intereses particulares tienen tanto su perfecto desarrollo y el *reconocimiento de su derecho para sí* (en el sistema de la familia y de la sociedad civil) cuando, por una parte, trascienden por sí mismos en el interés universal y, por otra parte, lo reconocen con saber y voluntad como su propio *espíritu sustancial* y actúan para él como su *finalidad última*, de manera que ni lo universal tiene violencia y se consume sin el interés particular, el saber y el querer, ni los individuos viven meramente para el interés supremo como personas privadas, sin que a la vez quieran en lo universal y para lo universal y tengan una actividad consciente de esta finalidad. El principio de los Estados modernos tiene ese poder inmenso y la profundidad de dejar perfeccionarse hasta el *extremo autónomo* de la particularidad personal y a la vez *retrotraerlo* a la *unidad sustancial* y así conservar en él mismo a esa unidad.

Como ya adelantamos, el Estado tiene por objeto actualizar la libertad de los individuos que lo componen, que a la vez se consideran libres. Dicho de otro modo, el Estado es una «estructura intencional» (Knowles, 2002: 304). Las instituciones que componen al Estado tienen como función actualizar esta libertad y los individuos las reconocen como válidas en tanto son manifestaciones de ella. El individuo, al relacionarse con el Estado, ya participa de una forma de vida que lo trasciende. Al mismo tiempo, el Estado, al expresar la razón universal a través del derecho, permite al individuo alcanzar su vocación de actualizarla. Así, el individuo, para ser realmente libre, debe entenderse a sí mismo de esta manera y el Estado, cuando alcanza su desarrollo final, es la encarnación de la razón universal. Es en este momento en que ambos opuestos se reconcilian:

El individuo libre no puede autorrealizarse con prescindencia del Estado. Pues del principio de que no puede haber vida espiritual sin expresión corporal se sigue que Hegel no puede aceptar una definición de libertad como la de los estoicos, que la entiende como una condición interna, no susceptible de ser afectada por su destino externo. Una libertad únicamente interior es tan sólo un deseo, una sombra. El momento en que un hombre llega a desear esto es una fase importante del desarrollo humano, pero no debe confundirse con la verdadera libertad. La libertad sólo puede ser real (*wirklich*) cuando es expresada en una forma de vida; y dado que el hombre

no puede vivir solo, esta forma de vida necesariamente debe ser colectiva; pero el Estado es la forma de vida colectiva que es respaldada por toda la comunidad; y por lo tanto la libertad debe encarnarse en él (Taylor, 2015: 51).

Esto significa que, a través de la vida en comunidad, encarnada en el Estado, el hombre es capaz de cambiar su modo de vida. Así, el Estado va generando distintos modos de vida, hasta llegar a ser completamente racional (Taylor, 2015: 74). Esto es, hasta reconocer y ser el vehículo de la libertad de los individuos.

Sin embargo, este proceso de desarrollo es susceptible de distorsiones. Esto es así porque es posible que la sociedad civil coopte la esfera política. La sociedad civil requiere, para su existencia en el mundo, aquellas instituciones necesarias para la seguridad de la propiedad privada (por ejemplo, policía, un sistema judicial, etcétera), lo que permite el desarrollo del individuo en el proceso que ya hemos descrito. No obstante, este proceso requiere que la subjetividad que involucra la propiedad privada opere dentro del ámbito de la «moralidad» o «vida ética» del Estado (*Sittlichkeit*). Sin ese elemento, el impulso subjetivo de la propiedad privada (que se corresponde con el concepto liberal de autonomía) tiene el potencial de apoderarse del aparato estatal. En ese contexto, la esfera política se vuelve simplemente una manifestación de los intereses particulares de agentes privados y ya no es expresión de la razón universal, sino que se vuelve una amenaza para los ciudadanos.

Conclusión

El proceso de captura de la esfera política descrito por Hegel corresponde precisamente al fenómeno que está detrás de la expansión de la propiedad intelectual denunciado por los defensores contemporáneos de las teorías democráticas. En la medida que los agentes económicos se percatan de las ventajas que el control sobre las obras del intelecto les trae en el mercado, buscan extender este control. En consecuencia, buscan aumentar su capacidad de influir los procesos de toma de decisiones con el objetivo de generar nuevas formas de protección para estos activos, lo que impacta negativamente en la legitimidad del derecho de autor (Figueroa, 2016).

De este modo, el proyecto político de Hegel, expresado en clave democrática, consiste en evitar que el Estado se convierta en creador y guardián de privilegios particulares. De lo contrario, el Estado pierde la capacidad de proteger la vida ética de la sociedad y, por consiguiente, falla en su objetivo de actualizar las condiciones de autonomía de los sujetos. En una situación en que la sociedad civil ha transformado al Estado en un mecanismo de protección de intereses propietarios particulares, «la vida ética de la comunidad se ve en peligro de ser reemplazada por la moralidad de un grupo» (Drahos, 1996: 85-86).

Para que la propiedad privada cumpla con la condición de ser expresión de la autonomía de los individuos, ella debe garantizar que las relaciones entre individuos

que ella posibilita ocurran dentro del contexto de una comunidad política con su propia vida ética (*Sittlichkeit*). Esta condición no se cumple cuando intereses particulares se apropian de la esfera pública con el objeto de regular el acceso a las obras del intelecto y, eventualmente, de excluir a los individuos de ciertos elementos que componen su cultura (Drahos, 1996: 88). En consecuencia, la regulación de la propiedad privada debe permitir la expresión de los elementos comunitarios que son necesarios para que ella pueda cumplir con su rol emancipatorio.

La idea kantiana del derecho de autor como mecanismo institucional para el uso público de la razón otorga contenido a la defensa del derecho de autor como «motor de la libertad de expresión» y lo exime de la apelación a consideraciones consecuencialistas. La razón por la cual se protegen los derechos de control del titular del derecho de autor de una obra es la misma por la cual estos derechos deben ser restringidos: para garantizar el acceso a las obras del intelecto por parte de la comunidad. Por un lado, la interpretación de autonomía como *Willkur* asume que el interés que el público tiene de acceder a las obras del intelecto es opuesto al del titular de derecho de autor. En cambio, la concepción de autonomía como *Wille* incluye el interés de la comunidad como parte de su propio contenido. En consecuencia, entre los dos modelos de epistemología social propuestos por Anderson (1995), la justificación democrática del derecho de autor corresponde al modelo liberal democrático de epistemología social. De este modo, resulta mucho más coherente leer a Lessig, Netanel y Boyle como continuadores del proyecto político de Kant y Hegel: asegurar las condiciones institucionales para el uso adecuado de la razón pública y evitar la captura de la esfera política por parte de intereses particulares, para de este modo resguardar los elementos que constituyen la *Sittlichkeit* de la comunidad política.

Referencias

- ACKERMAN, Bruce A. (1981). «The marketplace of ideas». *Yale Law Journal*, 90 (5): 1131-1148. DOI: 10.2307/795944.
- ANDERSON, Elizabeth S. (1995). «The democratic university: The role of justice in the production of knowledge». *Social Philosophy and Policy*, 12 (2): 186-219. DOI: 10.1017/S0265052500004726.
- BARRON, Anne (2012). «Kant, copyright and communicative freedom». *Law and Philosophy*, 31 (1): 1-48. DOI: 10.1007/s10982-011-9114-1.
- BOYLE, James (2008). *The public domain: Enclosing the commons of the mind*. New Haven: Yale University Press.
- DRAHOS, Peter (1996). *A philosophy of intellectual property*. Aldershot: Dartmouth.
- FIGUEROA ZIMMERMANN, Felipe (2016). «¿Qué significa justificar el derecho de autor?». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 4 (2): 75-107. DOI: 10.5354/0719-2584.2015.37496.

- GOOLD, Patrick R. (2013). «Corrective justice and copyright infringement». *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 16: 251-295. Disponible en <http://bit.ly/2uowL4w>.
- HABERMAS, Jürgen (1999). *The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society*. 10.ª ed. Cambridge: MIT Press.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (2000). *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- HUGHES, Justin (1988). «The philosophy of intellectual property». *Georgetown Law Journal*, 77: 287-366. Disponible en <http://bit.ly/2sTtDcb>.
- KANT, Immanuel (1996). *Practical philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . (1991). *Political writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KAPCZYNSKI, Amy (2010). «Access to knowledge: A conceptual genealogy». SSRN Scholarly Paper ID 1754686. Rochester: Social Science Research Network. Disponible en <https://papers.ssrn.com/abstract=1754686>.
- KNOWLES, Dudley (2002). *Routledge philosophy guidebook to Hegel and the philosophy of right*. Londres: Routledge.
- KYMLICKA, Will (1992). *Liberalism, community and culture*. Oxford: Clarendon Press.
- LEE, Ilhyung (2001). «Toward an American moral rights in copyright». *Washington and Lee Law Review*, 58 (3): 795-854. Disponible en <http://bit.ly/2sjeDFQ>.
- LEHMAN, Bruce A. (1995). *Intellectual property and the national information infrastructure: The report of the working group on intellectual property rights*. Washington DC: Diane Publishing.
- LESSIG, Lawrence (1996). «The puzzling persistence of bellbottom theory: What a constitutional theory should be». *Georgetown Law Journal*, 85: 1.837-1.848. Disponible en <http://bit.ly/2tmXkmR>.
- . (2005). *Por una cultura libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- LITMAN, Jessica D. (1986). «Copyright compromise and legislative history». *Cornell Law Review*, 72 (5): 857-904. Disponible en <http://bit.ly/2uovavs>.
- MERGES, Robert P. (2011). *Justifying intellectual property*. Cambridge: Harvard University Press.
- NETANEL, Neil (1996). «Copyright and a democratic civil society». *The Yale Law Journal*, 106 (2): 283-387. DOI: 10.2307/797212.
- . (2008). *Copyright's paradox*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2011). «Making sense of fair use». *Lewis & Clark Law Review*, 15: 715-771. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1874778>.

- PENNER, James (1997). *The idea of property in law*. Nueva York: Oxford University Press.
- RADIN, Margaret Jane (1982). «Property and personhood». *Stanford Law Review*, 34 (5): 957-1015. DOI: 10.2307/1228541.
- SAMUELSON, Pamela (2008). «Unbundling fair uses». *Fordham law Review*, 77 (5): 2537-2621. Disponible en <http://bit.ly/2tr6vmH>.
- SCHROEDER, Jeanne L. (2004). «Unnatural rights: Hegel and intellectual property». *SSRN Electronic Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.518182.
- SCRUTON, Roger (2002). *A short history of modern philosophy: From Descartes to Wittgenstein*. 2.ª ed. Londres: Routledge.
- SUNSTEIN, Cass R. (2007). «Neither Hayek nor Habermas». *Public Choice*, 134 (1-2): 87-95. DOI: 10.1007/s11127-007-9202-9.
- TAYLOR, Charles (2015). *Hegel and modern society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TUSHNET, Rebecca (2004). «Copy this essay: How fair use doctrine harms free speech and how copying serves it». *Yale Law Journal*, 104 (3): 535-590. DOI: 10.2307/4135692.
- WALKER ECHENIQUE, Elisa (2014). *Manual de propiedad intelectual*. 1.ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- YOO, Christopher S. (2012). «Copyright and personhood revisited». *SSRN Electronic Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.2160441.

Sobre el autor

FELIPE FIGUEROA ZIMMERMANN es abogado. Licenciado en Ciencias del Derecho por la Universidad Adolfo Ibáñez y magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Universidad de Chile. Estudiante de doctorado en Sociología, University of Warwick. Su dirección de correo electrónico es f.figueroa-zimmermann@warwick.ac.uk.