

El copyright del juez. ¿Y si demostramos que el Derecho de autor podría mejorar – en cierto sentido – La Justicia? (Copyrights of the Judge. What If We Can Prove That the Copyrights Could Improve – In Some Aspects – The Justice?)

*Javier André Murillo Chávez,
Professor PTA of Commercial Department,
Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)*

Abstract: *No es necesario crear un complicado sistema de Derecho de autor basado en la titularidad central del Gobierno y en un sistema de licencias a todas las entidades públicas, tal como se mantiene en el Reino Unido. Creemos que el modelo colombiano, adaptado y mejorado, podría servir para mucho más que resguardar los principios de invariabilidad y publicidad. El régimen propuesto en el presente trabajo podrá, siendo optimistas, mejorar la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas pues provee a los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales incentivos para mejorarlas.*

Esta no es una solución mágica para la crisis del sector Justicia que se vive a nivel nacional en casi todos los países del mundo; sin embargo, sí es una propuesta arriesgada y quizás, incluso, vehemente, pero no neutral. No



* Dedicado a mi padre, Luis Fernando Murillo Flores, magistrado de la Corte Superior de Justicia de Cusco, a quien admiro con todo el corazón, por ser el excepcional y culto “Gran Jefe” que ha sobrevivido por años en la “jungla” judicial peruana con gran vocación y dedicación.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías de la

Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Con estudios de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia de la PUCP. Adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP (Lima, Perú). Ex director de la comisión de publicaciones de la Asociación Foro Académico. Contacto: jmurillo@pucp.edu.pe - javier.murillo@estudiante.uam.es.

podemos contentarnos con plantear los puntos de crisis del sector Justicia, sino que debemos plantear propuestas concretas.

Rezumat: *Nu este nevoie să se creeze un sistem complicat al drepturilor de autor bazat pe guvernul central, care să presupună un sistem de acordare a licențelor pentru toate entitățile publice, astfel cum există în Marea Britanie. Credem că modelul columbian, adaptat și îmbunătățit, ar putea fi utilizat pentru mult mai mult decât a proteja principiile invariabilității și publicității. Regimul juridic propus în acest articol poate fi optimist, poate îmbunătăți calitatea hotărârilor judecătorești și/sau administrative, prin urmare, oferă judecătorilor și altor magistrați din instanțe stimulente pentru îmbunătățirea activității. Nu este vorba de o soluție magică pentru criza din sectorul justiției, experimentată la nivel național în aproape toate statele lumii, însă poate fi o propunere riscantă și chiar vehementă, dar nu neutră. Nu putem fi mulțumiți de identificarea aspectelor critice din sectorul justiției, ci trebuie să efectuăm propuneri concrete.*

Keywords: derecho de autor, Poder Judicial, sistema de licencias, derecho de integridad, derecho a la divulgación, derecho de paternidad, derecho de integridad, derecho de acceso a la obra, derecho de reproducción, derecho de comunicación pública, derecho de transformación

Introducción

Los jueces y/o magistrados del Poder Judicial tienen la difícil tarea de impartir Justicia por medio de sus decisiones. Cuando los conflictos entre los miembros de la sociedad llegan a la necesidad de tutela por parte de la maquinaria del Estado, los jueces y tribunales tienen atribuida la potestad jurisdiccional del Estado y deben resolver los conflictos que les sean presentados. Esta función de los jueces y magistrados miembros de los tribunales⁵¹¹ siempre llevará consigo –lamentablemente– una carga de impopularidad, debido a que todo juicio desemboca de manera inevitable en la declaración de una parte vencedora y otra perdedora. Incluso, en el difícil caso de presentarse, los fallos “salomónicos” son peores pues dejan a ambas partes con una sensación de insatisfacción al no ver cumplidas sus expectativas. De esta forma, por más

justas que sean las decisiones de las autoridades, las partes en un proceso judicial – y a veces hasta sectores de la población, dependiendo de la relevancia del caso – no reaccionan ante razones, sino ante emociones. En este contexto, la única defensa con la que cuentan los jueces y/o magistrados ante denuncias de prevaricato o corrupción son sus resoluciones judiciales y, sobre todo, la forma como el contenido queda plasmado en ellas. Igual razonamiento se puede utilizar respecto de las autoridades encargadas de resolver conflictos en el ámbito administrativo, desde un órgano colegiado de decisión.

Las resoluciones judiciales son la pieza clave del Poder Judicial en una sociedad que reclama Justicia; son el único método de exposición de las razones que motivaron la decisión que se haya tomado con motivo de un conflicto, sea en beneficio o en perjuicio

⁵¹¹ Para los objetivos del presente trabajo, todo lo señalado respecto a “tribunales” es igual de aplicable para “cortes”, “audiencias provinciales” o

cualquier otro órgano de resolución de conflictos jurisdiccional y/o administrativo en el cual participe por lo menos más de un magistrado.

de una u otra parte. En este sentido, cuanto mejor expuesto sea dicho razonamiento, más posibilidad habrá de que la parte derrotada comprenda el porqué de lo decidido⁵¹². Esto conlleva muchos beneficios: (i) aunque sea mínima, existe una posibilidad de que la parte derrotada sea convencida de que su postura estaba equivocada, acepte la derrota y no apele, reduciendo los costos para el sistema; (ii) la sociedad en general podría convencerse de que la autoridad judicial ha decidido, basada en razones de hecho y de derecho, de manera correcta, generando externalidades positivas respecto de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales; (iii) en caso de que la parte derrotada decidiera apelar, quedaría mucho más claro para el tribunal revisor cuál o cuáles son los puntos sobre los que recae la apelación de la resolución y, sobre todo, sería más fácil rechazar la apelación si no hay motivos para la misma, lo cual también disminuye los costos de la labor judicial y/o administrativa; y (iv) en una sociedad ideal⁵¹³, la reputación del juez o magistrado ponente de tribunales judiciales y/o administrativos quedaría mejor posicionada.

Ahora bien, la pregunta es: ¿cómo lograr que los jueces y magistrados ponentes de tribunales judiciales y/o administrativos mejoren la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas? Como es sabido, se trata de una

La Ceriajus ha identificado algunas de las situaciones causantes no solo de la falta de jurisprudencia sino también de la carencia de una adecuada motivación de las resoluciones de todas las instancias.

pregunta que muchos se hacen desde hace años sin lograr encontrar respuesta teórica ni propuesta práctica concreta.

En medio de esta búsqueda del “Santo Grial”, en el presente trabajo presentamos una propuesta utilizando los derechos de autor como medio para lograr un fin. En efecto, consideramos que otorgar ciertos derechos de autor sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas a los jueces y/o magistrados ponentes de tribunales judiciales y/o administrativos generará incentivos para la mejora en la calidad de las mismas. Si bien –en la actualidad– las normativas nacionales tratan estas obras como textos oficiales excluidos del régimen de Derecho de autor por su claro interés público, la normativa marco a nivel internacional permite a los Estados otorgar derechos de autor sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas. Así, creemos que reconocer un régimen parcial de Derecho de autor a las autoridades incentivaría una mejora

⁵¹² También podríamos usar la frase “cuanto mejor expuesto sea dicho razonamiento, más posibilidad habrá de que la otra parte no reclame o no apele”; sin embargo, es utópico pensar que las partes de un conflicto no recurrirán las resoluciones judiciales, pues usualmente creerán tener la razón hasta el final. A esto ayuda el que los abogados tienen incentivos para recurrir y dar esperanzas a sus clientes, por motivos económicos y para “no tirar la toalla”, cuando es posible que, siendo humanos, otros jueces se inclinen por su posición en el conflicto.

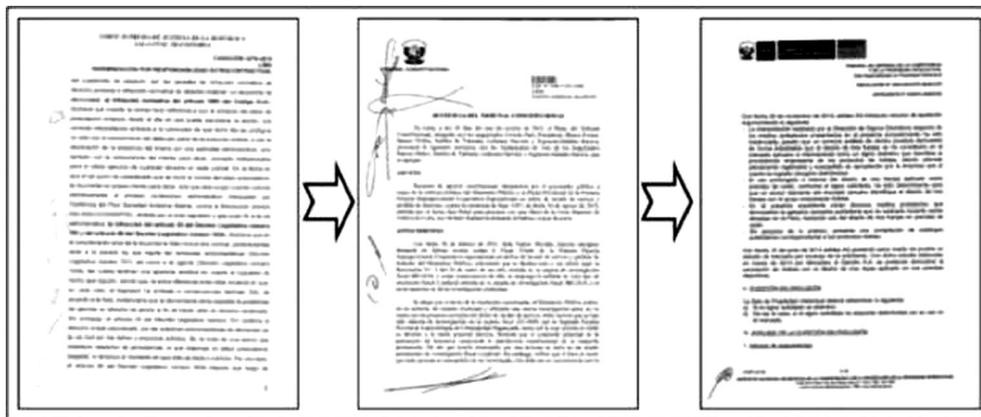
⁵¹³ Seamos sinceros, estamos muy lejos de encontrarnos en una sociedad que lea las resoluciones judiciales y observe: (i) quién es el juez o magistrado ponente de tribunales judiciales y/o administrativos y (ii) la calidad de los pronunciamientos que se tienen en las resoluciones judiciales expedidas. En una sociedad ideal, los jueces y magistrados deberían ser evaluados por la sociedad en general y por el resto de operadores jurídicos con base en lo expresado en sus resoluciones judiciales, en función de su claridad, estructura y conocimiento, entre otras virtudes.

en la redacción de estos documentos clave para la Justicia en nuestros países. Esta propuesta claramente respetaría el interés público que tiene la sociedad en que ciertos derechos queden limitados en beneficio de toda la población, tales como la invariabilidad de las decisiones judiciales y/o administrativas o la publicación necesaria de las mismas.

El presente trabajo, tomando las normativas peruana, española y colombiana, jugará con nuevas formas de explotar las resoluciones judiciales y/o administrativas en el mercado. Por citar un par de ejemplos: por un lado, la posibilidad exclusiva de autorizar, obteniendo un beneficio económico a través del derecho patrimonial de distribución, la publicación y venta de compendios de sus resoluciones sistemáticamente ordenadas, los cuales podrían contener comentarios y concordancias entre resoluciones; por otro lado, al aumentar la calidad de las resoluciones y potenciar el derecho de paternidad se condensaría la reputación del juez o magistrado ponente de

tribunales judiciales y/o administrativos, lo cual crearía un efecto similar a la condensación de *goodwill* que tiene la marca, pero con el nombre del autor-autoridad.

No creemos que esta propuesta logrará solucionar por completo el problema de impopularidad del Poder Judicial que existe en diversos países; sin embargo, creemos que podría mejorar mucho la percepción por parte de la sociedad de las instituciones del sector Justicia. Como una muestra del problema y la solución que busca nuestra propuesta, podemos ver que al menos en el ordenamiento jurídico peruano existe cierta correlación entre la calidad de las decisiones y la aprobación de las instituciones del sector Justicia por parte de la sociedad; basta con observar la estructura de las decisiones de las autoridades peruanas, tomando como muestra la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI):



Leyenda:

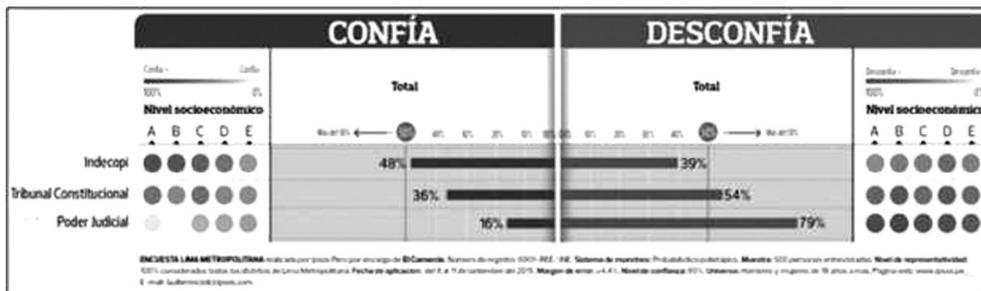
A la izquierda, tenemos la típica “sentencia sábana” que dictan en casación las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú; no hace falta decir que es de difícil lectura y, más, de difícil comprensión. Al centro,

la estructura estándar de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, con los antecedentes, los puntos controvertidos y –al menos– la división sobre los puntos que se va a tratar, sin llegar a dividir lo que es teoría expuesta y resolución del caso concreto. A la

derecha, una clásica resolución administrativa del INDECOPI que, sin ser perfecta, puntualiza al inicio de la misma: las partes, el asunto, las sumillas y los temas. Se compone de antecedentes de hecho y de derecho, puntos controvertidos, parte teórica sobre los

temas a tratar y parte de resolución de cada punto controvertido. Fuente: elaboración propia.

Y tenemos su índice de aprobación (confianza) y desaprobación (desconfianza) en la última encuesta realizada en la capital peruana⁵¹⁴:



Fuente: “Tremenda desconfianza: opinión ciudadana sobre instituciones”, *El Comercio*, 2015. Disponible en: <http://elcomercio.pe/visor/1842421/1204395-tremenda-desconfianza-opinion-ciudadana-sobre-institucionesnoticia> Consulta: 17 de febrero de 2017.

clara es la decisión, menor aprobación tiene la institución. De esta manera, si nuestra propuesta funciona, podremos decir que el Derecho de autor (del juez y/o magistrado miembro de los tribunales) puede ayudar a mejorar la Justicia en Perú (y en cualquier otro país en idéntica situación de crisis del sector Justicia) a través de incentivos para que nuestras autoridades expidan mejores resoluciones judiciales y/o administrativas.

Como vemos, aunque estos resultados estadísticos podrían involucrar infinidad de criterios distintos al contestar⁵¹⁵, podemos asumir que –entre otros– el criterio de la calidad de las resoluciones está contenido en las respuestas. De estos datos, observamos de todas formas una relación directamente proporcional: cuanto más ordenada y clara es la decisión, mayor aprobación tiene dicha institución; mientras que cuanto menos ordenada y

Para explicarla, primero, procederemos a indicar cuál es el supuesto de hecho que habilita el régimen de Derecho de autor, cómo funciona y cuál es su finalidad; segundo, explicaremos cuál es el marco normativo internacional, comparado y nacional sobre los denominados “textos oficiales” y el régimen de Derecho de autor; tercero,

⁵¹⁴ Es lamentable no contar con datos más representativos y más actualizados sobre la confianza o desconfianza en nuestras instituciones a nivel nacional; sin embargo, no es fácil tener información estadística tan actual y tan amplia en nuestro país, debido a lo costoso de los estudios de mercado y lo difícil que es llegar a todo el territorio nacional.

⁵¹⁵ De igual manera, debe tenerse en cuenta cómo es que distorsiona estas encuestas lo que

decíamos: toda persona o parte de un proceso o procedimiento ante las autoridades se deja llevar, más que por la razón, por la emoción. De esta manera, la pregunta: ¿Confía usted en la institución X?, suele tomarse como: ¿Le dio la razón a usted en un pleito la institución X? Debiendo, en realidad, la respuesta basarse en criterios como calidad de resolución, reputación del juzgador, entendimiento de los motivos, entre otros.

expondremos qué nos enseña la teoría económica sobre la inversión en los bienes y su relación con los niveles de protección de la propiedad; cuarto, ahondaremos en la propuesta del régimen parcial de Derecho de autor del juez y/o magistrado miembro de los tribunales judiciales y/o administrativos; finalmente, señalaremos cuáles son los efectos que, confiamos, generaría la propuesta si se llegara a implementar, entre los cuales creemos se encuentra el mejorar la Justicia en nuestros países.

1. El Derecho de autor: ¿para qué existe, qué protege y cómo funciona

Para empezar, analicemos para qué existe el régimen de Derecho de autor y cómo funciona. La finalidad de la existencia de los derechos de autor se divide en dos: por un lado, tenemos la *finalidad retributiva (inmediata)*, es decir, aquella por la cual se afirma que el régimen de protección mediante Derecho de autor existe para compensar al autor por su esfuerzo creativo que finaliza en una nueva obra creativa. Por otro lado, se tiene la *finalidad incentivadora (mediata)*, que se refiere a que el régimen de protección mediante Derecho de autor existe para incrementar el acervo cultural. Estas dos finalidades, unánimemente aceptadas por la doctrina clásica del

Derecho de autor⁵¹⁶, están unidas por un vínculo de causalidad recíproca, pues una no podría existir sin la otra; si no existieran retribuciones al autor, no existirían incentivos para la creación de nuevas obras y la cultura quedaría estancada.

Sobre las finalidades del régimen de Derecho de autor es un referente la sentencia C-053-01 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana, que estableció:

El reconocimiento moral y material de la labor de los autores de obras artísticas, literarias o científicas contribuye a la realización del trabajo como principio fundamental del Estado [...]. Aparte de constituir un incentivo para la creación, el producto mismo del trabajo, su resultado material, es un aporte conjunto del individuo y de la sociedad. El beneficio social que reporta la producción artística, literaria y científica se concibe precisamente a partir de la interacción entre el autor y el conjunto de la cultura. En efecto, la obra es el resultado del contacto personal individual con la cultura como expresión de la sociedad y, en esta medida, la sociedad contribuye a su creación. Aunque no toda la producción cultural individual reporte el mismo beneficio social, la creación artística, literaria y científica, en sus diversas

⁵¹⁶ Auteri, Paolo, "Diritto di autore", en aa.vv., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 5.ª ed., Turín, Giappichelli, 2016. Ubertazzi, Luigi, *I diritti d'autore e connessi*, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, 2003. Vibes, Francisco, *Derechos de propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009. Antequera, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007; también en Antequera, Ricardo, "La necesaria actualización de la normativa andina sobre Derecho de autor y derechos conexos", en aa.vv., *Los retos actuales de la propiedad intelectual: visión latinoamericana*, Lima, Themis y Hernández & Cía., 2013, pp. 7-26. Bouchoux, Deborah, *The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*, 4.ª ed., Delmare, Cengage Learning, 2013. Moser, David y Slay, Cheryl, *Music Copyright Law*,

Boston, Cengage Learning, 2012. Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco, Zavalia y Cerlar, 1993. Moscoso, Martín, "Prólogo", en Moscoso, Martín; Iriarte, Erick y Medina, Rudy, *Guía de Derecho de autor para dramaturgos*, Lima, INDECOPI-USAID, 2013. Rodríguez, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004. Murillo, Javier, *La protección jurídica de las expresiones del folklore*, Lima, Ara, 2015. Maraví, Alfredo, "Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de autor", Cuaderno de Trabajo, Lima, CICAJ-PUCP, 2010, 16; disponible en: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct16_breves_apuntes.pdf [Consulta: 17 de febrero de 2017].

manifestaciones, es un patrimonio social. Lógicamente, a esta sociedad le interesa que el Estado proteja tanto la parte que le corresponde directamente, es decir el conjunto de prerrogativas que le corresponden sobre la obra, como los derechos que el autor tiene, sin los cuales no existirían incentivos para la creación.

De esta manera, se reconoce la premisa por la cual únicamente se podrá lograr el incentivo de la creación de nuevas obras a través de la protección y la correcta retribución a los autores, lo cual a su vez genera la mayor producción y disponibilidad de obras creativas que – finalmente– se traduce en incremento del contenido de la cultura de la sociedad.

Es importante hacer referencia al estudio de Bullard⁵¹⁷, particularmente fundamentado desde la visión del sistema de propiedad y los tipos de bienes con base en el Análisis Económico del Derecho, que critica las finalidades referidas y –por ende– el régimen en sí mismo, en especial por dos motivos: primero, que, desde una teoría económica de los derechos de propiedad, se categoriza a la “información” en general –donde están incluidas las obras y las ideas que las inspiran– como un bien público sin consumo rival (que puede ser utilizado libremente por varias personas) y con altos costos de exclusión (que son muy difíciles de controlar y fiscalizar en

la realidad), por lo que deberían ser de libre uso; y segundo, que no está demostrado que el régimen de Derecho de autor sea necesario para incentivar la creación, existiendo ejemplos⁵¹⁸ en los cuales aun sin el régimen de Derecho de autor la producción creativa ha seguido.

Sin embargo, debemos señalar, como han admitido Posner y Landes, que “es difícil, tal vez imposible, afirmar si el régimen jurídico de derechos de autor es un instrumento positivo o negativo desde la perspectiva de optimizar la producción de obras expresivas, pero sí que podemos identificar algunas distorsiones específicas que corrige”⁵¹⁹. Igualmente, Bullard, haciendo referencia a su propia crítica, indica que “no estamos diciendo que la PI no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos de que es así. Pero, no se puede afirmar que sin la PI no habría creación”⁵²⁰. En este sentido, no existen estudios concluyentes para desbaratar las finalidades identificadas clásicamente por la doctrina, ni para confirmar las premisas de los estudios desde el Análisis Económico, tal como lo ha señalado el propio Björn⁵²¹. Ahora bien, aunque nos inclinamos por reconocer cierta certeza de la postura clásica, debemos afirmar que sí creemos, concordando con la perspectiva crítica del Análisis Económico del Derecho, que es

⁵¹⁷ Bullard, Alfredo, *Derecho y economía*, 2.^a ed. Lima, Palestra, 2010. También: Bullard, Alfredo, “Reinvindicando a los piratas: ¿es la propiedad intelectual un robo?”, *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, n.º 1. Lima, Palestra, 2004, pp. 307-337.

⁵¹⁸ Björn, Frank, “On an Art without Copyright”, *Kyklos*, vol. 49, n.º 1, Zürich, Wiley & Sons, 1996, pp. 3-15.

⁵¹⁹ Posner, Richard y Landes, William, *La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*, trad. Víctor Manuel Sánchez Álvarez, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2006, p. 80.

⁵²⁰ Bullard. Derecho..., cit., p. 218.

⁵²¹ Como señala este autor: “Los economistas preocupados [por el Derecho de autor] comparan la situación de la propiedad intelectual con Derecho de autor con la situación sin Derecho de autor. Lamentablemente, siempre ha sido el caso que una de estas situaciones no ha podido ser demostrada, así la descripción ha tenido que estar especulativamente basada en el sentido común” (trad. libre de: “The economists concerned compare the situation of intellectual property with copyright to the situation without copyright. Unfortunately, it has always been the case that one of the two could not be observed, so that its description had to be a speculation based on not much more than common sense”). Björn, ob. cit., p. 5.

preciso repensar ciertos aspectos del régimen, como el tiempo de duración de la protección, las rígidas excepciones en los sistemas existentes y el desborde fenomenológico que ha producido internet⁵²².

De esta manera, podemos concluir que la finalidad de la protección de obras originales por el régimen de Derecho de autor es dual: motivar el crecimiento de la cultura y otorgar incentivos a los autores para seguir creando. Ahora bien, ¿qué habilita la aplicación del régimen? Aunque la respuesta es sencilla, tenemos que observar exactamente a qué fenómeno de la realidad se aplica este régimen.

El régimen de Derecho de autor es aplicable cuando se crea una obra. Si solo

quedara así el supuesto de habilitación de la protección, el ámbito de aplicación de este sistema sería demasiado amplio; por este y otros motivos (algunos de índole económica)⁵²³ existen filtros claros, a modo de requisitos, para limitar la tutela. El requisito general –sea en sistemas de Derecho de autor latino-germánicos o anglosajones– es que la obra debe ser creada por un ser humano⁵²⁴; mientras que el filtro o requisito principal es variable dependiendo de cada sistema. Por ejemplo, el sistema anglosajón norteamericano sigue el parámetro de “*independent work and minimal degree of creativity*”⁵²⁵; por su parte, el sistema anglosajón británico aún considera aplicable el “*skilled and labour*”⁵²⁶. Finalmente, en los sistemas

⁵²² Para una visión sobre el desfase de los límites y excepciones, ver Morachimo, Miguel, “Interviniendo la Ley Peruana de Derechos de Autor”, *Revista Jurídica Thomson Reuters*, n.º 63. Lima, Thomson Reuters, 2014, pp. 9-16. Para una perspectiva reflexiva, ver Murillo, Javier, “¿Atrapará el coyote al correccaminos?”, Portal Enfo que Derecho [en línea], Lima, Themis, 2013; disponible en: <http://enfoquederecho.com/mercantil/%C2%BFatrapara-el-coyote-al-correccaminos/> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵²³ Un clásico ejemplo de otro motivo es la exclusión de protección de las ideas, precisamente para que no se limite la creación de más obras. Posner explica de manera bastante gráfica la paradoja del creador y el copyright, cuando señala que, “aunque es natural suponer que el alcance (incluida la duración) de los derechos de propiedad intelectual representa la obtención de un equilibrio entre los intereses de los creadores y los intereses de los usuarios de la propiedad intelectual, los creadores mismos podrían beneficiarse de la limitación de tales derechos. La mayoría de los poemas, las novelas, las obras de teatro, las composiciones musicales, las películas y otras obras creativas (incluidos los inventos) aprovechan en gran medida las obras creativas anteriores (tomando detalles de las tramas, personajes, metáforas, progresiones de acordes, ángulos fotográficos, etc. de obras precedentes). Entre mayor sea el alcance de la protección del copyright de las obras precedentes, mayor será el costo de crear obras subsecuentes. Por tanto, mientras que un incremento del alcance de la protección del copyright incrementará los ingresos esperados del autor por la venta o el licenciamiento de sus propios

copyrights, también aumentará el costo de crear las obras que registre. El dilema favorece una limitación de la duración porque, mientras que el incremento del valor presente derivado de un aumento de los ingresos en el futuro distante tiende a ser insignificante, como dijimos antes, el aumento del costo de un autor podría ser grande si, debido a un copyright perpetuo, no hubiese obras precedentes en el dominio público y, por ende, disponibles para ser usadas en la creación de obras nuevas sin costo de copyright”. Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, 2.ª ed., trad. Eduardo Suárez, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 46-47.

⁵²⁴ Esto en contraste con animales, máquinas, seres divinos y otros. Tenemos referencia de intentos de reivindicación de tutela para obras creadas por algunas de estas categorías de seres: por un lado, el caso *Naruto v. David John Slater*, Orden de desestimación de la Corte del Distrito de California (Caso 15-cv-04324-who), donde se denegó el derecho de autor de un mono por una fotografía que se realizó a sí mismo; y, por otro lado, el caso de la controversia de autoría del libro *A Course in Miracles* de Helen Schucman, al señalar que era un libro con derechos de autor a favor de Jesucristo, lo cual fue desvirtuado por el Alto Tribunal Regional de Frankfurt en Alemania (Caso 11 U 62/13).

⁵²⁵ Como indicó la Corte Suprema en el caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* (499 U.S. 340) de 1991.

⁵²⁶ Como se confirmó en la sentencia de la House of Lords en el caso *Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd* (1 WLR 273), de 1964.

latino-germánicos se sigue el criterio de que la obra sea “original”, concepto altamente indeterminado que se interpreta de manera jurisprudencial en cada Estado. En España, las cortes han ido llevando el concepto a un criterio más objetivo, relacionado con la novedad y la mínima altura creativa⁵²⁷; mientras que en Perú y Colombia se tiende a concebirlo como un parámetro más subjetivo, relacionado con la impronta de la personalidad del autor⁵²⁸.

En este sentido, cualquier pintura, video, canción, libro, guion, programa de computadora, escultura, edificio, mapa, artículo, grabado, película y muchas otras obras serán objeto de protección por parte del Derecho de autor si cumplen los requisitos que cada Estado exija. De esta forma, como el derivado *a contrario* de la habilitación del sistema, es importante recalcar que no se necesitan otros requisitos; por lo tanto, no son importantes, para determinar la protección, el mérito, el destino, la finalidad, la calidad, la forma de expresión ni ningún otro. Para el presente trabajo será importante recordar que ni el destino ni la finalidad son relevantes a la hora de determinar qué se protege y qué no.

Una vez determinado el tipo de creaciones que son protegidas, podemos entrar a analizar cómo funciona el sistema. El régimen de Derecho de autor protege únicamente a los creadores⁵²⁹ de obras originales, otorgándoles un plexo de derechos de dos tipos: los derechos morales, relacionados con la protección de intereses personales de los autores; y los derechos patrimoniales, que son los que *stricto sensu* permiten la retribución económica a los mismos. Lo anterior ha sido establecido por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia 00044-2004/AI-TC, donde se señala que “el Derecho de autor reconocido por nuestra Constitución comprende la protección de los derechos materiales y morales derivados de la producción científica, artística o literaria”. Así, el sistema del Derecho de autor funciona sobre la base de los siguientes derechos específicos:

– *Derechos morales*, que son aquellos derechos personalísimos, de carácter no patrimonial, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y en algunos casos perpetuos⁵³⁰. Se reconocen:

⁵²⁷ Como se observa en la sentencia 214/2011, de 5 de abril, del Tribunal Supremo, en España.

⁵²⁸ Como se puede corroborar en el inalterado precedente de observancia obligatoria del Tribunal del INDECOPI, aprobado en la Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, en Perú; o como se observa en las consultas de conceptos jurídicos de la Dirección Nacional de Derecho de Autor 1-2017-2476, 1-2016-66819, 1-2016-42915 y 1-2005-14650, entre otras, en Colombia.

⁵²⁹ Coincidimos con Raffo cuando señala que “no existen ‘obras protegidas por el Derecho de autor’, lo que en realidad existen son autores que detentan ciertos derechos exclusivos sobre sus obras”. Raffo, Julio, *El Derecho autoral*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, p. 30.

⁵³⁰ Creemos que a pesar de que algunas normas, como la Ley de Derecho de Autor de Perú (art. 21) o de Colombia (art. 30), señalen que todos los derechos morales son de duración perpetua, esto es claramente incoherente con algunos de los derechos, ya que, o bien se extinguen apenas se ejercen (el derecho de divulgación), o bien tras la

muerte del autor no pueden ejercerse (el derecho de retiro de la obra del comercio o el derecho de modificación o variación). Es interesante la tesis sostenida por Cámara, cuando señala que “cabe entender que el derecho moral se extingue tras la muerte del autor, y surge para los herederos un derecho ex novo, similar al que aquél tenía. El derecho que ostentarían los herederos del autor será un reflejo del que pertenecía al autor en vida”. Cámara, María del Pilar, *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*. Granada, Comares, 1998, p. 115. En este sentido, incluso el derecho de paternidad y el de integridad –que serían los que tienen motivación legítima para ser perpetuos– se extinguirían, ya que los derechos personalísimos no son transferidos a los herederos, pero unánimemente se concuerda que sí se debe proteger la memoria del autor y la autenticidad de las obras; por esto, se busca justificar la existencia de otra situación jurídica en favor de estos intereses de los herederos del autor.

– El *derecho a la divulgación*, consistente en la decisión del autor sobre cuándo y cómo debe salir a la luz su obra;

– El *derecho de paternidad*, consistente en el reconocimiento del nombre del autor o de alguna variable (seudónimo o anónimo) libremente decidida como creador de la obra;

– El *derecho de integridad*, consistente en la defensa por parte del autor frente a una mutilación, alteración, modificación o deformación de su obra por parte de terceros, siempre que:

– Se cause un perjuicio a su honor o a su reputación, tal como indica el Convenio de Berna;

– Se atente contra el decoro de la obra o de la reputación del autor, como indica la Decisión 351 de la Comunidad Andina;

– Se pueda causar o se cause perjuicio al honor o reputación del autor, o la obra se demerite, como establece la Ley de Derecho de Autor colombiana; o

– Suponga perjuicio a los legítimos intereses de la obra o menoscabo a su reputación, como indica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española.

Cabe señalar que en la Ley de Derecho de Autor peruana no se hace mención a ninguna restricción adicional al derecho a la integridad, como las antes mencionadas.

– El *derecho de modificación o variación*, consistente en la decisión del autor sobre qué cambios se pueden realizar sobre su obra;

– El *derecho de retiro de la obra del comercio*, consistente en la decisión personalísima del autor de repudiar su obra y ordenar la suspensión de cualquier uso de la misma, previo el pago del resarcimiento por cualquier daño o perjuicio a terceros; y

– El *derecho de acceso a la obra*, consistente en la posibilidad del autor de acceder al ejemplar único o raro de su obra, para poder ejercer el resto de derechos de autor.

– *Derechos patrimoniales*, que son aquellos derechos económicos de libre disposición que permiten al autor tener el monopolio sobre los usos de sus obras, provocando su consiguiente explotación económica. Sin ser una lista cerrada, tenemos:

– El *derecho de reproducción*, consistente en la potestad del autor y/o titular de autorizar o prohibir la fijación de la obra o la obtención de copias por cualquier procedimiento;

– El *derecho de distribución*, consistente en la potestad del autor y/o titular de autorizar o prohibir la puesta a disposición de la obra o copia de la misma mediante transmisión de la propiedad, préstamo, alquiler o cualquier otra modalidad de uso o explotación;

– El *derecho de comunicación pública*, consistente en la potestad del autor y/o titular de autorizar o prohibir el acceso a la obra a una o más personas por cualquier medio de difusión; y

– El *derecho de transformación*, consistente en la potestad del autor y/o titular de autorizar o prohibir la elaboración de obras derivadas de su obra originaria.

En particular, los derechos patrimoniales son los que permiten a un autor explotarlos y/o cederlos para obtener un beneficio económico –claro incentivo– con base en su actividad de creación; por otro lado, los derechos morales sirven para tutelar algunos intereses que retribuyen indirectamente a favor de los autores, muchas veces permitiendo la existencia de los derechos patrimoniales. Pongamos un ejemplo de la vida real para observar la maquinaria de estos dos tipos de derechos:

Gabriel García Márquez y Mario Vargas Llosa fueron excelentes ejemplos de éxito de explotación de los derechos de autor sobre sus obras; por un lado, tanto “Gabo” como “Varguitas” pusieron en marcha sus derechos patrimoniales al ceder el derecho de reproducción y

distribución de *Travesuras de la niña mala* o *Cien años de soledad* a las editoriales de los países de habla hispana, a cambio de una retribución económica; y, por otro lado, también gozaron de retribución económica tras ceder su derecho a la transformación, en modalidad de traducción, sobre sus libros cuando firmaron con editoriales extranjeras en Estados Unidos, Italia, Alemania, Francia y otros países de lengua distinta al español. También cuando se produjo la elaboración de películas basadas en sus obras como *El amor en los tiempos del cólera* (2007) del director Mike Newell o *Pantaleón y las visitadoras* (2000) del director Francisco Lombardi, ambos cedieron su derecho de transformación a las productoras. Sin embargo, los derechos morales permiten esta explotación de manera indirecta. La única manera de que Mario Vargas Llosa y Gabriel García Márquez hayan podido explotar sus obras y llegar a condensar la fama que les precede es el reconocimiento de que *La fiesta del chivo*, *Conversación en la catedral*, *Crónica de una muerte anunciada*, *Los funerales de la mamá grande* y otras son de su autoría a través del derecho de paternidad; de igual manera, otro motivo de su éxito es que las obras han sido reproducidas y distribuidas con el contenido tal como determinaron estos autores en defensa de su derecho a la integridad.

Como podemos observar, los derechos morales –que suelen ser dejados de lado al no tener un matiz económico– son muy importantes; al

menos, desde nuestra perspectiva, el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad sobre una obra determinan funciones tan importantes como la condensación de la reputación que puede tener una persona por medio de su nombre y apellido, ya sea en el ámbito profesional o en el comercial, y más en este último aspecto si se trata de un literario, un músico o, en general, alguien que se desempeñe en el campo de las artes⁵³¹.

2. Los textos oficiales y su regulación dentro del Derecho de autor: una visión comparada

Al analizar los criterios mediante los cuales el régimen de Derecho de autor determina qué obras se protegen y cuáles no dijimos que era importante recordar que no importa ni el destino ni la finalidad de las mismas. En teoría, cualquier producción escrita por un ser humano es potencialmente protegible por el Derecho de autor; en efecto, lo es desde la carta que escribe un niño a su madre hasta la compleja estructura de la novela *Rayuela* de Julio Cortázar, e incluso manifiestos repudiados por mucha gente como *Mein Kampf* o chistes triviales creados por los usuarios de redes sociales como Twitter®. Precisamente, dentro de todo lo que puede ser una obra literaria podemos encuadrar cualquier forma de expresión realizada mediante un lenguaje determinado de forma oral o escrita⁵³², sin importancia de otro aspecto más que la originalidad.

⁵³¹ Similar razonamiento tenemos para el caso de los inventores en el ámbito de las patentes; aunque no sea tema del presente trabajo, dejamos sentada la idea de que creemos que un tipo de “derecho de paternidad” debe serle reconocido al inventor, pues una de las maneras más importantes de ganar respeto en el ámbito de la innovación es la posibilidad de que se reconozca a los inventores como creadores de sus inventos. Hemos esbozado

esta teoría en Murillo, Javier, *Esbozos sobre el Derecho de la Propiedad Intelectual en el Cine* (en proceso editorial 2017-2018).

⁵³² Bercovitz, Rodrigo (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Ruipérez, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Madrid, reusaisge, 2012; Lipszyc, ob. cit.; Antequera. *Estudios...*, cit.; entre otros.

Lo dicho hasta el momento está relacionado con los denominados textos oficiales. En general, entendemos como *texto oficial* cualquier documento emitido por una entidad o autoridad del Estado – sea cual sea– en cumplimiento de sus funciones públicas. Son ejemplo de los mismos los textos elaborados como exposición de motivos de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República, las ordenanzas municipales emitidas por las alcaldías, los discursos oficiales del Presidente de la República, las sentencias expedidas por los juzgados a nivel nacional, las resoluciones dadas por las entidades administrativas, los memorándums enviados a los empleados públicos, así como cualquier otro emitido por la autoridad o alguna entidad pública.

Si reparamos en ello –tal como lo hicieron los representantes de los Estados en la Acta de revisión de Estocolmo de 1967 al modificar el Convenio de Berna de 1886, como veremos–, estos documentos encajan específicamente en la categoría de obra literaria, antes descrita. Son creaciones humanas que utilizan el lenguaje escrito en el idioma de cada Estado para expresar determinados contenidos, con determinada estructura y formas de expresión particulares. Además, son originales al existir un amplio margen de espacio para la creatividad⁵³³ del equipo de trabajo o funcionario autor de los mismos; al menos en algunos documentos más que en otros, así no habrá la misma cuota de creatividad en –por ejemplo– la exposición de las razones de un proyecto de ley sobre la necesaria limitación de emisiones de CO2 que en un memorando de despido de un trabajador público por abandono del

puesto. Haciendo un estudio de esta categoría, Lipszyc indica:

Se consideran textos oficiales todas las normas legales de cumplimiento obligatorio: leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etc. Pueden ser obras originales, pero respecto de ellas prevalece la necesidad de propender a su libre difusión y reproducción, pues nadie puede excusarse de su cumplimiento alegando ignorancia o desconocimiento de la ley. [...] [E]s libre la difusión y reproducción de los trabajos oficiales preparatorios de las normas legales, las memorias, informes, etc., realizados por el Estado (nación, provincias y municipios), los debates parlamentarios y las decisiones de los órganos jurisdiccionales –judiciales y administrativos–⁵³⁴.

Como se puede observar, dentro de esta categoría encontramos tanto las *resoluciones judiciales* –donde la más compleja del conjunto es la sentencia, pero figurando también los autos y decretos– como las *resoluciones administrativas*, que son el producto de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, respectivamente. Estos documentos también califican como obras literarias originales. Así, Cardaso señala que “la sentencia es un producto jurídico que, con independencia y al margen de excesos o defectos [...], es susceptible de albergar una construcción discursiva original”⁵³⁵; y Fernández-Novoa señala a su turno que “es indudable que, lejos de ser una figura ajena al Derecho de autor, el texto de una disposición legal o de una sentencia es, *per se*, una obra expresada a través del lenguaje; esto es, una obra literaria”⁵³⁶. Pese a esta correcta lógica, la protección de estas obras literarias se encuentra

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Lipszyc, ob. cit., pp. 71-72.

⁵³⁵ Cardoso, Juan, “Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual”, en Rogel, Carlos (coord.), *Leyes, actos, sentencias y*

propiedad intelectual, Madrid, reusaisge, 2004, p. 113.

⁵³⁶ Fernández-Novoa, Carlos, “Las obras oficiales”, en Rogel (coord.), *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*, cit., p. 12.

sometida a la decisión de cada Estado. El Convenio de Berna de 1886 adicionó en el Acta de Estocolmo de 1967 el numeral 4 de su artículo 2 señalando: “queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos”.

De esta manera, se plasmó la posibilidad de excluir los textos oficiales del ámbito de protección del régimen de Derecho de autor; creemos que detrás de esta opción legislativa se encuentra un interés público. En general, los Estados tienen el deber y buscan la máxima difusión de los textos oficiales para lograr que todos los ciudadanos los conozcan; debemos recordar la popular máxima “la ignorancia de las normas no exime de su cumplimiento”, lo cual incluye criterios jurisprudenciales en algunos casos. Esto, según se cree, es incompatible con una posible protección otorgada por los derechos de autor a los equipos o funcionarios autores; aunque –como veremos– en algunos países la norma excluya los textos oficiales de la protección, lo que hace en realidad es limitarlo, existiendo siempre un sistema de Derecho de autor parcial. Igualmente, en algunos Estados es el Gobierno el que publica los textos oficiales con el interés de que se respete el texto auténtico emitido por la autoridad competente,

existiendo así un diario, gaceta o boletín oficial en cada Estado⁵³⁷. En todo caso, la exclusión está sustentada en el abstracto concepto de interés público y es asumida por muchos ordenamientos a nivel mundial. Para abordar de mejor manera el presente estudio, enfoquémonos en las resoluciones judiciales y/o administrativas. Como señalan Antequera y Ferreyros: La justificación de esa exclusión está, por una parte, en que tratándose de normas o disposiciones en las cuales la comunidad tiene interés en difundirlas, y constituye esa difusión, en alguna medida, una obligación del Estado, la limitante para la libre divulgación de esas obras; y, en segundo lugar, porque se supone que ellas son ‘creadas’ por órganos oficiales, de carácter impersonal, y emanan de estos últimos actuando en nombre del Estado y no en representación de las personas que han contribuido a su creación, muchas veces de difícil identificación⁵³⁸.

Dentro de la Unión Europea podemos observar que Italia, en el artículo 5 de su Ley de Derecho de Autor, excluye expresamente la aplicación de la norma a los textos de actos oficiales del Estado, dentro de las cuales están las resoluciones⁵³⁹; de igual forma, en España, el artículo 13 de su Ley de Derecho de Autor excluye también las resoluciones de cualquier organismo público, incluyéndose órganos jurisdiccionales y administrativos, quedando claramente fuera las resoluciones⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Son ejemplos: el *Diario Oficial El Peruano*, el *Diario Oficial* de Colombia, el *Boletín Oficial del Estado* de España, la *Gaceta Oficial* de Bolivia, la *Gazzetta Ufficiale* de Italia, la *Gazette Official Public Record* de Reino Unido, entre otros.

⁵³⁸ Antequera, Ricardo y Ferreyros, Marisol, *El nuevo Derecho de autor en el Perú* Lima, Peru Reporting, 1996, p. 87.

⁵³⁹ Ley 633, de 22 de abril de 1941, de Italia – Ley de Protección del Derecho de Autor y de otros conexos a su ejercicio: “Artículo 5. Las disposiciones de la presente Ley no se aplican a los textos de los actos oficiales del Estado y de la Administración Pública, sean italianos o extranjeros” (trad. libre de:

“Le disposizioni di questa legge non si applicano ai testi degli atti ufficiali dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere”).

⁵⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, de España, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “Artículo 13. No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”.

En esta línea, dentro de la Comunidad Andina, Perú también excluye, supuestamente, los textos oficiales de la protección en el inciso b) del artículo 9 de su Ley de Derecho de Autor⁵⁴¹, como en los ordenamientos ya referidos. Sin embargo, visto de manera más profunda –como habíamos adelantado– podemos encontrar una norma contradictoria en el ordenamiento peruano.

Desde nuestro punto de vista, pese a que se señala la exclusión expresamente, se fija un régimen de Derecho de autor *parcial especial*, ya que se reconoce el derecho de integridad e –indirectamente– un derecho de paternidad. Nos explicamos. Al indicar la norma el deber de quien reproduzca de “respetar los textos” se está haciendo referencia a un derecho de integridad cuya titularidad está en el Estado; y al establecer el deber de “citar la fuente” se está haciendo referencia a un derecho de paternidad de quien o quienes han creado, siendo específicos, la resolución judicial y/o administrativa. Pensémoslo un momento: ¿para qué debemos “citar la fuente” de una resolución? La respuesta es clara: para facilitar el acceso al boletín, diario o gaceta oficial del Estado; pero, ¿cuál es el efecto práctico para los ciudadanos?

Que el lector –ya sea de una cita de una resolución reproducida parcialmente en otro texto o de una copia completa de la misma en otro medio– se informe (i) del texto de la decisión judicial y/o administrativa sin alteraciones, modificaciones ni mutilaciones, y (ii) de todas las características que se publican oficialmente junto a una resolución judicial y/o administrativa; entre ellas, quién o quiénes la escribieron: el juez o magistrado miembro de los tribunales que fungió de ponente. Lo expuesto –como podremos advertir– no genera una exclusión, sino la restricción de algunos o casi todos –pero no todos– los derechos dentro del plexo que se despliega a favor del autor cuando se produce la creación de una obra.

Continuemos, para verlo más claro. En línea totalmente diversa dentro de Europa, tenemos el sistema anglosajón de Reino Unido que sí reconoce derechos de autor a los funcionarios públicos. La *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988, en su sección 163, habilita el denominado *Crown Copyright* (Derecho de autor de la Corona), que se otorga a obras creadas por la Reina o por cualquier oficial a su servicio. Entendiendo –siguiendo el canon oficial del Estado, aunque es discutido⁵⁴²– que

⁵⁴¹ Decreto Legislativo 822, de 23 de abril de 1996, de Perú, Ley sobre el Derecho de Autor: “Artículo 9. No son objeto de protección por el Derecho de autor: “[...]”b) los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente”.

⁵⁴² Debemos señalar que en la práctica se reconoce que las decisiones de los magistrados pertenecen a la *Crown Copyright*; sin embargo, existe debate sobre si los jueces y magistrados pueden ser considerados oficiales al servicio de la Reina. Así lo expresa un comunicado oficial de la Barra de Abogados del Reino Unido y Gales cuando indica: “No existe punto de vista definitivo sobre si las decisiones de las Cortes son ‘*Crown Copyright*’”. El consejo del [Departamento Legal del Estado – antes *Treasury Solicitor’s Department*] es que el derecho de autor sobre las decisiones de las Cortes pertenece a la Corona, porque los jueces son

servientes de la Corona y sus decisiones son expedidas en el desarrollo de sus funciones. No obstante, esto no es un punto de vista universal y se ha argumentado que los jueces actúan independientemente de la Corona y que tienen derecho de autor propio sobre sus decisiones” (trad. libre de: “There is no definitive view on whether court judgments are *Crown copyright*. The advice of the Treasury Solicitor is that copyright in court judgments is owned by the Crown, because judges are servants of the Crown and their judgments are delivered in the course of their duties. However, this is not a universally held view and it has been argued that judges act independently of the Crown and that they own the copyright in their judgments”); “*Copyright Status of Court Judgments*”, en *The General Council of The Bar UK and Wales*, Londres: *The General Council of the Bar*, 2016, p. 1; disponible en: http://www.barcouncil.org.uk/media/499359/copyright_status_of_court_judgments.pdf [Consulta: 17 de febrero de 2017].

tanto los jueces como los tribunales y hasta la Suprema Corte de Reino Unido están conformados por oficiales al servicio de la Reina, todas las obras por ellos generadas, donde estarían las resoluciones judiciales y administrativas, obtienen derecho de autor de la Corona.

Ahora bien, por norma, la Reina es la titular originaria de este derecho; sin embargo, su manejo ha sido delegado a la *Her Majesty's Stationery Office* (hms) fundada en 1786, actualmente parte de *The National Archives* (Archivos Nacionales). No obstante, la Reina no recopila los textos oficiales y los guarda en un cajón: el Gobierno tiene un gran compromiso con respecto al acceso libre a la información pública, y en este sentido encomendó que todo lo protegido como *Crown Copyright* sea licenciado gratuitamente para su uso y re-uso, salvo excepcionales casos en los que se puede

negociar una licencia con cargo. Pero, este sistema de licenciamiento tiene una finalidad: controlar lo que se puede hacer y lo que no con esta información; precisamente, así lo señala el *UK Government Licensing Framework for Public Sector Information*: “las licencias garantizan que los usuarios son conscientes de la necesidad de utilizar la información de una manera responsable y no de manera de inducir a error a otros, tergiversando la información o sugiriendo aprobación por una entidad del sector público”⁵⁴³.

De esta manera, el sistema de licencias descrito en la *UK Government Licensing Framework for Public Sector Information*, compatible con las licencias *Creative Commons*, engloba una serie de licencias que se utilizan por las distintas entidades del Estado. Veamos:

Framework for Public Sector Information, compatible con las licencias *Creative Commons*, engloba una serie de licencias que se utilizan por las distintas entidades del Estado. Veamos:

Licencia	Tipo de uso	Gratis, no negociable y virtual	Circunstancias de uso
<i>Open Government Licence (OGL)</i>	Comercial y No comercial	Sí	Licencia estándar y regla de licenciamiento para todo el <i>Crown Copyright</i>
<i>Non-Commercial Government Licence</i>	No comercial	Sí	Excepcional: solo cuando el Gobierno no puede dar información a terceras personas para re-uso comercial, por ejemplo debido a otras relaciones contractuales o el tipo de información
<i>Charged licence</i>	Comercial + No comercial	No	Excepcional: solo cuando el Gobierno otorga una delegación específica por parte de la HMSO

Fuente: resumen del Anexo A – Portafolio de Licencias de la *UK Government Licensing Framework for Public Sector Information*.

Otro aspecto importante de este particular sistema es que se reconoce el derecho *sui generis* de base de datos (*database right*) y un *Crown database right* (derecho de base de datos de la

Corona) –ambos reconocidos en la *Copyright and Rights in Databases Regulations* de 1997– junto al Derecho de autor; de igual forma, también se señala en la *UK Government Licensing*

⁵⁴³ Trad. libre de: “the licences ensure that users are aware of the need to use the information in a responsible manner and not in ways which mislead

others, misrepresent the information or suggest endorsement by a public sector body”.

Framework for Public Sector Information que cualquier obra derivada debe respetar los licenciamientos y sus términos específicos.

Finalmente, se aclara que las licencias no incluyen ningún dato personal protegido por la *Data Protection Act* de 1998, ni cualquier otro derecho de propiedad industrial (marcas, patentes o diseños), ni símbolos oficiales; y se coincide en que la información no publicada o no accesible según la *Freedom of Information Act* de 2000 o la *Environmental Information Regulations* de 2004 –es decir, sus normas de acceso a la información pública– no puede ser licenciada por la Corona.

En este caso se está ante un régimen especial que tiene totalmente reconocido el Derecho de autor, aunque cedido a una persona: la Reina, quien lo cede nuevamente a una entidad gubernamental, la hmso. Con un sistema por demás complicado, este –sin excluir de la protección las resoluciones judiciales y/o administrativas– busca controlar la integridad de los textos –como la norma peruana–. No obstante, va más allá y, con limitaciones a casi todos los derechos y un complicado sistema de licencias cuasi-obligatorias para el Estado, intenta controlar el uso de las decisiones por parte de terceros. Por si quedara duda,

tanto las cortes y tribunales de Justicia del Reino Unido⁵⁴⁴ como la Corte Suprema del Reino Unido⁵⁴⁵ tienen licencias aprobadas por *The National Archives* en sus portales de internet; en el caso de la Corte Suprema, incluso tiene una licencia especial adaptada, denominada *Open Supreme Court Licence v. 1.0*^[546].

Volviendo a la Comunidad Andina, Colombia maneja también un sistema de Derecho de autor para los funcionarios públicos. El artículo 27 de su Ley de Derecho de Autor, con idas y vueltas⁵⁴⁷, señala que en todos los casos en que una entidad oficial sea titular de derechos de una obra literaria se considerará un plazo de protección de treinta años a partir de su publicación.

De igual forma, en su artículo 91 se prevé expresamente una cesión a favor de las entidades públicas en las que ejerce funciones el funcionario autor de una obra, dejando por fuera de esta disposición específica las lecciones o conferencias de funcionarios públicos profesores; así mismo, se indica que los derechos morales deben ser ejercidos por cada autor y estarán limitados a no ir contra los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas⁵⁴⁸. Es decir que todos los derechos patrimoniales derivados de las resoluciones producidas

⁵⁴⁴ "Copyright", en *Courts and Tribunals Judiciary*, Londres, Courts and Tribunals Judiciary, S/F; disponible en: <https://www.judiciary.gov.uk/copyright/> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵⁴⁵ "Terms and Conditions", en *The Supreme Court of the UK*, Londres, The Supreme Court, S/F, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/terms-and-conditions.html> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵⁴⁶ The Supreme Court of UK y The National Archives. "Open Supreme Court Licence", en *The National Archives*, Londres, The National Archives, S/F; disponible en: <http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-supreme-court-licence/version/1/open-supremecourt-licence-version-1.0.pdf> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵⁴⁷ Esta disposición fue modificada eliminando

esta mención a las entidades oficiales con la Ley 1520, de 13 de abril de 2012; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, con sentencia C-011 de 2013, declaró inexecutable la norma, devolviendo esta disposición a su redacción inicial.

⁵⁴⁸ Ley 23, de 28 de enero de 1982, de Colombia, Ley sobre Derechos de Autor: "Artículo 91. Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. "Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores. "Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas".

por jueces y magistrados ponentes de tribunales judiciales y/o administrativos estarán cedidos al Poder Judicial o a la entidad administrativa a la que pertenezca el tribunal administrativo. Los cuales podrán interponer una demanda o denuncia por infracción al derecho moral de paternidad o de integridad cuando se vean afectados, mas no un derecho de modificación, pues es conocido y aceptado en general el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, siendo más flexible en el caso de las resoluciones administrativas.

Ahora bien, es preciso aclarar que esta protección por el Derecho de autor se encuentra, como era previsible, limitada: en efecto, en el artículo 41 se señala expresamente que cualquiera puede reproducir los actos administrativos y las decisiones judiciales publicadas en la edición oficial, siempre que no exista prohibición expresa⁵⁴⁹. Esto tiene sentido, ya que es otro principio plenamente aceptado aquel según el cual las resoluciones deben ser puestas a

disposición de la ciudadanía para cumplir con el principio de publicidad y máxima difusión de las mismas⁵⁵⁰.

En este sentido, pasemos a hacer un recuento de algunos principios utilizados en relación con las resoluciones judiciales y/o administrativas, que podrían comportar la limitación de ciertos derechos de autor en caso de habilitación del mismo para proteger este tipo de obras; compararemos los ordenamientos colombiano, peruano y español:

– *El principio de invariabilidad:* analizando este principio⁵⁵¹ encontramos que las autoridades tienen el deber de no modificar las resoluciones judiciales una vez que son emitidas oficialmente, con un consiguiente procedimiento para la corrección de determinado tipo de errores a través de un acto formal distinto, siempre que no se altere lo decidido. En el caso de las resoluciones administrativas este principio es un poco menos formal y proceden las modificaciones con mayor libertad, siempre con el límite de no alterar lo decidido. Creemos que esto limitaría el derecho moral de modificación

⁵⁴⁹ Ley 23, de 28 de enero de 1982, de Colombia, Ley sobre Derechos de Autor: "Artículo 41. Es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido".

⁵⁵⁰ La Dirección Nacional de Derecho de Autor, en Colombia, reconoce que esta es una limitación al derecho de autor en la Consulta de Concepto 1-2011-9193.

⁵⁵¹ En el caso de Colombia, los artículos 285 y siguientes de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, indican que la regla es que el juez no puede modificar su sentencia una vez expedida, salvo casos formales; y dentro del ámbito administrativo indirectamente, al admitir en cualquier momento cambios por errores aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras, pero sin cambiar el sentido de la decisión, tal como lo señala el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; e, indirectamente,

al no admitir cambios sin recurso, en el artículo 74 de la misma norma. En el caso de Perú, los artículos 406 y 407 de la Resolución Ministerial 010-93-jus de 1993, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, indican lo mismo, así como el artículo 4 del Decreto Supremo 017-93-jus, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; mientras que en el ámbito administrativo, lo señala asimismo indirectamente el artículo 201 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, cuando señala que procede la rectificación de errores materiales o aritméticos, pero sin alterar lo sustancial del contenido ni el sentido de la decisión. De la misma manera, en España lo hacen los artículos 214 y 215 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial; así como, en el ámbito administrativo, el artículo 109 de la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aparentemente establece una regla más flexible en torno a la revocación y/o revisión de las resoluciones administrativas.

o variación, así como generaría una obligación de mayor intensidad en el resguardo del derecho moral a la integridad del texto.

– *El principio de publicidad*: analizando este otro principio⁵⁵², observamos que los Estados tienen el deber general de publicitar al máximo las actuaciones judiciales y/o administrativas, como parte de la transparencia que debe caracterizar el buen gobierno del siglo XXI; en efecto, tanto el Poder Judicial como las entidades

administrativas deben poner a disposición de los ciudadanos las decisiones que adopten sus órganos a través de las resoluciones judiciales y/o administrativas. Únicamente determinados supuestos excepcionales podrían permitir, por ponderación, restringir (p. ej., cubrir los datos personales de las partes, impedir la visión de determinados fundamentos por motivos de seguridad nacional)⁵⁵³ o excluir (p. ej., impedir el acceso o reproducción de copias) del

⁵⁵² En términos generales, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Claude Reyes vs. Chile*, de 19 de septiembre de 2006, ha establecido en su fundamento 92 el principio general de máxima divulgación en materia de información y documentos que poseen las entidades estatales. En Colombia, el ordenamiento lo establece en el artículo 64 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y en los artículos 74 y 228 de la Constitución Política de 1991; y en el ámbito administrativo se regula en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo dicho ha sido señalado claramente por la Corte Constitucional en sus sentencias C-096 de 2001, C-641 de 2002, T-686 de 2007 y T-260 de 2006, entre otras. En Perú se establece en el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, así como en el artículo 10 del Decreto Supremo 017-93-jus, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 139 de la Resolución Ministerial 010-93-jus de 1993, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil; mientras que en el ámbito administrativo, en el numeral 10 del inciso 1 de la Norma IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Así mismo, se ha emitido recientemente el Decreto Legislativo 1342 –que promueve la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales–, tal como indica su exposición de motivos: “incide de manera directa en la mejora del servicio público de Justicia, permitiendo el mayor acceso de toda la ciudadanía al contenido de las decisiones judiciales en todos los niveles, así como promoviendo un lenguaje más cercano y comprensible para el ciudadano promedio”; entre las disposiciones que trae, tenemos el artículo 3 que reconoce el derecho a acceder a las decisiones y a su comprensibilidad, así como el artículo 5 que establece el deber de implementar una plataforma de acceso vía internet a las decisiones jurisdiccionales, entre otras. A nivel

jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano solo se ha pronunciado sobre la transparencia general que debe tener el Estado conforme a lo señalado por la CIDH, antes citada; y, en materia de resoluciones judiciales, se resalta el voto fundamental del magistrado ETO Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano 05168-2011-phd/TC. En España se regula en los artículos 212 y 213 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 235 y 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial; así mismo, en el ámbito administrativo no se encuentra expresamente, pero se infiere de disposiciones específicas como los artículos 71.1 y 75.2 de la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Resaltan entre la jurisprudencia el auto 516/2004 del Tribunal Constitucional español (Sala 1.ª), de 20 de diciembre de 2004, la sentencia 57/2004 del mismo órgano, de 19 de abril de 2004, y, finalmente, la sentencia 1191/2008 de Tribunal Supremo español (Sala 1.ª de lo Civil), de 22 de diciembre de 2008.

⁵⁵³ Un ejemplo de referencia, en Perú, es el artículo 6.2 del reciente Decreto Legislativo 1342 –que promueve la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales–, el cual indica que “cuando sea necesario para la protección de la intimidad o la reserva del proceso judicial, en la publicación de las resoluciones judiciales se omitirá consignar el nombre de quienes intervienen en calidad de partes en el proceso judicial, en especial de la parte agraviada y las víctimas”. A su turno, en España, el artículo 266.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial, indica que “el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con

principio de publicidad determinadas resoluciones judiciales y/o administrativas.

En este caso se limitaría de todas formas el derecho moral de divulgación; adicionalmente, se podría limitar el derecho patrimonial de reproducción y comunicación pública porque casi todas las entidades públicas en la actualidad ponen –o podrían poner– a disposición del público las resoluciones judiciales y/o administrativas a través de internet.

Debemos tener en consideración que el principio de publicidad tiene una íntima conexión con el principio de predictibilidad judicial y/o administrativa, o también llamado “principio de seguridad o certeza judicial y/o administrativa”. La razón por la cual los textos oficiales elaborados por los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales están reproducidos y comunicados al público por el Estado es porque existe un interés permanente para que todos –tanto

ciudadanos como operadores jurídicos– conozcan los criterios jurídicos que se aplican por los tribunales; esto es un efecto deseado por la disminución de costos en la provisión de servicios jurídicos que genera tanto para el Estado como para los particulares.

Finalmente, también es importante mencionar que algunos requisitos formales de las resoluciones judiciales y/o administrativas podrían limitar el espacio creativo para que los jueces y magistrados miembros de los tribunales expresen la originalidad en estos textos oficiales. Sin embargo, consideramos que las resoluciones judiciales y/o administrativas están compuestas –por lo menos– de dos partes estructurales bien determinadas:

– *La estructura forzosa*: determinada por todos aquellos requisitos que las sentencias deben contener por disposición de las leyes⁵⁵⁴, salvo la determinada por el principio de

carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes”. Igualmente, en Colombia, la Corte Constitucional señaló en sentencia T-020 de 2014, de 27 de enero, en su fundamento 3.5, que “la publicidad de las sentencias responde a precisos fines constitucionales y legales relacionados con propósitos de pedagogía, información y control social, a través de los cuales se permite el estudio de la manera como los jueces deciden sus causas o han decidido causas pretéritas. Por lo demás, el uso de las actuales tecnologías (como la internet) para llevar a cabo dicha publicidad, conduce a una democratización de la información, ya que permite –sin ningún tipo de barrera– el acceso de toda persona a consultar las bases de datos que las contienen. No obstante lo anterior, aun cuando se entiende que las sentencias son públicas, y así deben seguir siéndolo, la información personal contenida en ellas está sometida a los principios de la administración de datos, por lo que eventualmente pueden incluir datos sensibles o semiprivados, en cuya circulación y acceso deben cumplirse los principios de finalidad, necesidad y circulación restringida que rigen el derecho al habeas data. Esta última circunstancia habilita la supresión relativa de información, con miras a

proteger la intimidad, el derecho al trabajo o la reinserción de las personas en la sociedad, a través de medidas que garanticen la imposibilidad de proceder a su identificación, en concreto en las versiones que se publiquen en la Web de una providencia”.

⁵⁵⁴ En Colombia se encuentra someramente en el artículo 279 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, así como una pequeña exigencia en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; mientras que en el ámbito administrativo está presente en los artículos 42 y 49 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De otro lado, en Perú, estos requisitos están contenidos en el artículo 122 de la Resolución Ministerial 010-93-jus de 1993, Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil; mientras que en el ámbito administrativo está de manera muy laxa en el artículo 187 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que remite al artículo 4 de la misma norma. Y finalmente, en España, en contraste, se exigen con mucho detalle los requisitos formales en los artículos 208, 209 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil; mientras que en el ámbito administrativo no encontramos normas análogas.

congruencia. Por ejemplo, los nombres de las partes, abogados, puntos controvertidos, márgenes, entre otros requisitos. Creemos que aquí sí se limita la posibilidad creativa de los jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales; no obstante, no afecta en la originalidad que puedan tener las resoluciones judiciales y/o administrativas, ya que esta reside en otra parte de las mismas.

– *La estructura creativa*: determinada por la motivación de la decisión adoptada (fundamentos *de iure* y *de facto*), que sigue la norma del principio de congruencia⁵⁵⁵ y algunas formalidades establecidas en las leyes⁵⁵⁶. Sin embargo, creemos que estas no afectan el espacio creativo del que disponen los

jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales. Cada uno de ellos tendrá su manera de redactar la decisión del caso concreto, generando un contenido creativo a modo de obra literaria.

De esta forma, podemos apreciar que –incluso– siendo documentos creados por personas naturales y emitidos oficialmente a nombre del Estado, las resoluciones judiciales y/o administrativas tienen estructuralmente un gran espacio para la creatividad de los jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales, quienes podrían redactar de manera muy distinta e individualizada los fundamentos de sus decisiones. La pregunta es: ¿por qué no se podrían hacer uso provechoso de esto y generar

⁵⁵⁵ En Colombia se encuentra en los artículos 280 y 281 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, y también en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; mientras que en el ámbito administrativo se regula en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por su parte, en Perú, se halla en el inciso 4 del artículo 122 y en el inciso 6 del artículo 50 de la Resolución Ministerial 010-93-JUS de 1993, Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil; mientras que en el ámbito administrativo está regulado en el artículo 187 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Finalmente, en España está en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil; mientras que en el ámbito administrativo, se encuentra en el artículo 88 de la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵⁵⁶ Es el caso más particular de España, donde las reglas 2.^a y 3.^a del artículo 209 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil, señalan que los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho deben consignarse “en párrafos separados y numerados”. Al igual que el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten”. Así como

de Perú, que en el artículo 122 de la Resolución Ministerial 010-93-JUS de 1993, Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil, indica que las resoluciones deben colocar “en orden numérico correlativo” los fundamentos de hecho y de derecho, así como “la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”, bajo sanción de nulidad; asimismo, se exige que las sentencias, específicamente, separen “sus partes expositiva, considerativa y resolutive”. Ahora, también, en el reciente Decreto Legislativo 1342 – que promueve la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales– se ha dispuesto en el artículo 4.2 que “los operadores del sistema de Justicia evitarán usar términos en latín o cualquier otro arcaísmo que dificulte la comprensión de las expresiones y términos legales que contienen sus actos o resoluciones”. En Colombia, solo se halla en el artículo 279 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, la vaga indicación de que “las citas jurisprudenciales y doctrinales se limitarán a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la providencia”; y en el artículo 280 de la misma norma se dice que los razonamientos y examen crítico de la motivación deben hacerse “con indicación de las disposiciones aplicadas”, y que se deberá consignar la fórmula “administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley” en la parte resolutive; así como que en la sentencia escrita “deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación”.

incentivos para que mejoren sus “textos oficiales”? Pues –como veremos a continuación– la teoría económica de la propiedad privada señala que a mayor reconocimiento y seguridad de este tipo de derechos, tendremos mayor incentivo para la inversión por parte del titular.

3. ¿Incentivando la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas? La teoría económica de la inversión y los derechos de propiedad privada

Existen diversos estudios de economía *stricto sensu* y de Análisis Económico del Derecho que afirman la

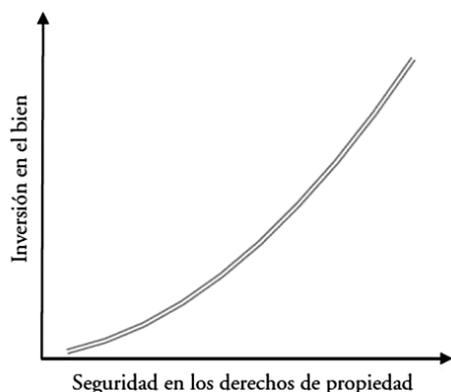
relación directamente proporcional entre los derechos de propiedad privada y la inversión en los bienes sujetos a dichos derechos⁵⁵⁷, llegando a señalar que esto afecta a nivel macroeconómico el desempeño económico⁵⁵⁸. En general, se puede observar la tendencia según la cual, a mayores y más seguros derechos de propiedad privada, mayor incentivo para los propietarios para invertir en sus bienes, esto debido a que podrán beneficiarse excluyendo a otros sin que se perturbe su proceso de inversión⁵⁵⁹. A la inversa, cuanto menores y menos seguros sean los derechos de propiedad

⁵⁵⁷ Entre ellos: Demsetz, Harold, “Hacia una Teoría general de los derechos de propiedad”, *Revista de Economía ica* (Información Comercial Española), n.º 557, Madrid, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad – Secretaría de Estado de Comercio, 1980, pp. 59-66; Bullard, *Derecho...*, cit.; también en Bullard, Alfredo, “La propiedad inconclusa”, *Ius et Veritas*, vol. 14, n.º 29, Lima, 2004, pp. 100-108; Besley, Timothy y Ghatak, Maitreesh, “Property Rights and Economic Development”, *Handbook of Development Economics*, vol. 5. Londres, London School of Economics and Political Science, 2009, pp. 1-83; asimismo, en Besley, Timothy, “Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana”, *The Journal of Political Economy*, vol. 103, n.º 5. Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 903-937; North, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, trad. Agustín Bárcena, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993; Ángeles, Luis, “Institutions, Property Rights, and Economic Development in Historical Perspective”, en *Kyklos*, vol. 64, n.º 2. Zürich, John Wiley & Sons Ltd, 2011, pp. 157-177; Field, Erica, “Property rights and investment in urban slums”, *Journal of the European Economic Association*, vol. 3, n.º 2-3. Bruselas, European Economic Association, 2005, pp. 279-290. Sin olvidar De Soto, Hernando, *El otro sendero*, 7.ª ed. Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1987. Adicionalmente, Lefevre, Robert, *La filosofía de la propiedad*, trad. Juan González, Madrid, Unión Editorial, 2013; Méndez, Fernando, *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011; Shavell, Steven, *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho*, trad. Yanna Franco, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

⁵⁵⁸ Como ha indicado North, “la seguridad de los derechos de propiedad y el desarrollo del mercado público de capitales fueron factores instrumentales [...] del subsecuente y rápido desarrollo económico”. North, ob. cit., p. 178. En igual sentido Méndez, al señalar que “es un hecho que las economías basadas en derechos de propiedad privada seguros y fácilmente transmisibles, protegidos por un Estado de Derecho, presentan un mayor grado de desarrollo que las economías que no reconocen los derechos de propiedad, o éstos son inseguros o existen graves dificultades para el intercambio, por lo que no son líquidos. Las razones hay que buscarlas en que los derechos de propiedad privada permiten el aprovechamiento exclusivo de los recursos y, en consecuencia, generan incentivos para realizar inversiones a largo plazo y, además, permiten la constante reasignación de recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos”. Méndez, ob. cit., p. 28.

⁵⁵⁹ Como ha señalado Demsetz: “Si la propiedad del campo pertenece a una sola persona, ésta intentará maximizar su valor actual teniendo en cuenta corrientes futuras alternativas de costes y beneficios y seleccionando aquella que cree que hará máximo el valor actual de sus derechos de propiedad privada a la tierra. [...] La propiedad privada de la tierra así resultante dará carácter interno a muchos de los costes externos asociados con la propiedad comunal, ya que ahora un propietario, en virtud de su poder para excluir a otros, puede contar con que logrará el beneficio que lleva consigo la preservación de la caza y la fertilidad creciente de su tierra. Esta concentración de beneficios y costes sobre los propietarios crea incentivos para utilizar los recursos de manera más eficaz” (ob. cit., p. 64).

privada, los propietarios se verán desincentivados a invertir en sus bienes, ya que otros podrían aprovechar el tiempo, dinero y esfuerzo invertido en estos⁵⁶⁰.



Fuente: elaboración propia.

Precisamente, esta característica no existe cuando estamos frente a un sistema de propiedad comunal⁵⁶¹ o cuando el sistema de propiedad privada tiene defectos⁵⁶².

De esta manera, si el derecho de propiedad privada está mal definido, esto repercutirá en el nivel de inversión sobre el bien. Usualmente, esta teoría económica se ha comprobado con muestras y observaciones respecto a la propiedad sobre la tierra, más que con cualquier otro tipo de bienes⁵⁶³; sin embargo, nada impide su extensión a los derechos de propiedad privada sobre otros tipos de bienes.

En este sentido, creemos que es posible aplicar esta teoría económica a los bienes incorpóreos, los cuales son

⁵⁶⁰ Como indica Bullard, “en un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor, que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz está listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que él pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad. Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad. En este caso el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) en favor de terceros y que él no va a gozar” (*Derecho...*, cit., p. 154).

⁵⁶¹ Como indica Lefevre, “cuando la tierra la posee y gestiona el colectivo (gobierno), no se puede sostener un punto de vista o interés privado. Esto implica una reducción o abolición de las innovaciones y desarrollos a largo plazo que aparecen cuando se posee y gestiona la tierra de forma independiente” (ob. cit., p. 109). De igual forma, Méndez señala que, “desde el lado de la oferta, un sujeto racional –en el sentido expuesto anteriormente– con derechos exclusivos sobre un recurso, tiene incentivos para invertir en mantenerlo y mejorarlo, pues la exclusividad le permite esperar que los ingresos marginales serán mayores que los costes derivados del mantenimiento y de la inversión, en su caso. Bajo el régimen de acceso libre, sin embargo, los sujetos racionales apenas tienen –o no tienen en absoluto– incentivos para realizar tales inversiones. Los retornos,

probablemente, serán negativos, pues los inversores no pueden excluir a otros de todos o parte de los beneficios derivados de las mismas. En consecuencia, bajo el régimen de acceso libre, los usuarios prefieren explotar los recursos en su forma natural, sin mejorarlos” (ob. cit., pp. 39-40).

⁵⁶² Como indica Shavell, “cuando los bienes duraderos pueden ser arrebatados a los individuos, estos no se beneficiarán de mejorarlos [...]. En cambio, cuando los individuos tienen derechos posesorios sobre bienes duraderos, tendrán un motivo óptimo para mejorarlos ya que los poseerán en el futuro y, por tanto, serán capaces de disfrutar de las ganancias derivadas de su mantenimiento y mejora” (ob. cit., p. 17).

⁵⁶³ Explica Bullard que “si un agricultor tiene problemas de linderos con sus vecinos, es posible que siembre al centro del terreno y no en los bordes donde el conflicto existe para evitar que sus vecinos se queden con su inversión si el conflicto se resuelve de manera desfavorable para él. Ello reduce la productividad porque habrá menos tierras cultivadas. En una ocasión, conversando con personal de COFOPRI, entidad encargada de entregar títulos registrados a los propietarios originalmente informales, me comentaban que era evidente que cuando entraban a titular una zona, el resultado era que el nivel de construcción se incrementaba. Por ejemplo, comenzaban a construirse edificios de varios pisos cuando se entregaban títulos debidamente inscritos, porque la seguridad (menos costos de transacción) motivaba la inversión. Ello sin duda genera mayor bienestar (más viviendas y más baratas)” (*La propiedad...*, cit., p. 103).

protegidos de manera especial en la normativa internacional y en las legislaciones especiales de casi todos los países del mundo, siempre reconociéndose la característica especial de estos bienes en los códigos civiles⁵⁶⁴. Debemos recordar que el régimen de Derecho de autor se encuadra dentro de la denominada propiedad intelectual; siendo este, únicamente, un sistema especial y complejo de propiedad privada sobre bienes inmateriales: las obras. Como ha señalado Ángeles: La lógica que vincula los derechos de propiedad al desarrollo económico es fácil de entender: las personas que invierten en nuevos capitales o –en el caso de los derechos de propiedad intelectual– en nuevas ideas esperan tener la libertad de usarlas y beneficiarse de ellas como mejor les parezca. Si no se cumple esa condición, si las personas creen que su capital puede ser expropiado o sus ideas robadas, se abstendrán de hacer esas inversiones en primer lugar⁵⁶⁵.

Es importante que entendamos el concepto de “inversión” –utilizado en esta teoría– no únicamente en términos monetarios, sino en términos de esfuerzo y tiempo. De esta forma, podemos indicar que la manera de “invertir” en una obra intelectual será mejorando su calidad a través de la inversión de mayor tiempo y esfuerzo en su elaboración. En efecto, pensemos por un momento que no existen derechos de autor sobre las

propias creaciones, continuando con nuestros grandes literatos como ejemplo:

Sin derechos de autor, Mario Vargas Llosa y Gabriel García Márquez no serían reconocidos como los autores de *La ciudad y los perros* o *El otoño del patriarca*, entre otras; esto debido a que no existiría un derecho de paternidad y cualquier ciudadano podría publicar sus novelas con mención a sus propios nombres y apellidos; por otro lado, “Varguitas” y “Gabo” dejarían de escribir sus novelas y se dedicarían a alguna otra actividad profesional, porque simplemente no se verían en posibilidad de obtener ningún beneficio por su creatividad, no se tomarían el tiempo y esfuerzo de escribir sus fantásticas historias. Por el contrario, si estos dos escritores han logrado la fama y el éxito de ventas de sus novelas se debe precisamente al Derecho de autor. El más básico de los derechos morales (el de paternidad) es aquel clave para el reconocimiento de un autor debido a sus obras; mientras que el más básico de los derechos patrimoniales (el de reproducción) es aquel por el cual se obtiene una retribución económica por las propias creaciones. Ya posteriormente es que ellos han recibido mayor retribución por la adaptación de sus obras al cine con su derecho de transformación. Como podemos inferir, los derechos de autor no son la “solución mágica” para que los autores –especialmente en el siglo XXI–

⁵⁶⁴ Tenemos, en Colombia, el artículo 671 de la Ley 57 de 1887, Código Civil, que señala que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”; en Perú, el artículo 884 del Decreto Legislativo 295, Código Civil, que señala que “las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial”; y en España, el artículo 429 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, que señala que “la Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni

resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad”.

⁵⁶⁵ Traducción libre de: “*The logic linking property rights to economic development is easy to grasp: people who invest in new capital or –in the case of intellectual property rights– new ideas expect to have the freedom to use and profit from them as they see fit. If that condition is not met, if people believe that their capital may be expropriated or their ideas stolen, they will refrain from making those investments in the first place*”. Ángeles, ob. cit., p. 160.

puedan vivir de su trabajo, ya que esto depende de muchos otros factores; pero, al menos, este régimen permite que ciertos autores –entre ellos nuestros grandes exponentes del *Boom* latinoamericano del siglo XX– lo consigan, ya sea como su principal sustento vital de ingresos o al menos como un complemento.

¿Qué tiene que ver esta teoría con las resoluciones judiciales y/o administrativas? Pues creemos que los regímenes incompletos o excluyentes de derechos de autor sobre estas obras desincentivan la mejora de estos textos o, al menos, de su estructura compositiva. En todo caso, sostenemos la hipótesis “espejo” de este razonamiento; es decir, que la estructura de un régimen determinado de propiedad intelectual –específicamente de Derecho de autor– sobre este tipo de obras mejorará la calidad de las mismas, al incentivar a jueces y/o magistrados miembros de los tribunales a invertir mayor tiempo y esfuerzo en realizar la redacción de las mismas⁵⁶⁶.

Uno de los efectos que la mayoría de estudios económicos citados sobre la propiedad privada no recalca –junto al conocido crecimiento de incentivos de la propiedad privada para asignar los recursos a sus usos más valiosos– es que “la propiedad privada [...] permite identificar a las personas que poseen el control de los recursos, lo que permite a los demás saber quiénes son las personas con las que se debe tratar para influir en el uso de los mismos”⁵⁶⁷. Con un régimen de Derecho de autor –

propiedad privada, al fin y al cabo– incompleto, al no poseer un derecho moral de paternidad expresamente reconocido, se llega a un claro nivel subóptimo de calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas, ya que los jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales no interiorizan las externalidades que generan sus obras con poca calidad estructural y narrativa. Esto hace que las resoluciones judiciales y/o administrativas terminen siendo incomprensibles para los ciudadanos –a veces, incluso para los propios abogados defensores–, lo cual invalida la función de dichos funcionarios de “administrar Justicia” para la provisión de paz social a los ciudadanos que tenían –o siguen teniendo– un conflicto intersubjetivo de intereses.

De esta manera, consideramos que si se permite interiorizar las externalidades –sean positivas o negativas– por parte del propio autor de las resoluciones judiciales y/o administrativas derivadas de la calidad de las mismas, se generarán incentivos para su mejora. En efecto, siguiendo la teoría económica de la proporcionalidad directa entre el otorgamiento de derechos de propiedad privada y el crecimiento de la inversión, este debería ser el efecto causal del establecimiento de un régimen de Derecho de autor determinado para los jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales. Los aspectos concretos de esta propuesta se detallan a continuación.

⁵⁶⁶ Debemos precisar que para este análisis obviamos claramente la carga procesal y/o procedimental del Poder Judicial o las entidades administrativas, ya que sería imposible realizar el análisis de incentivos y desincentivos tomando en cuenta datos que no poseemos, pero que presumimos son muy desilusionadores. En todo caso, esto, al final, no altera el análisis porque en

un mundo ideal solo se incurriría en costos terciarios de la administración de Justicia en términos de Calabresi (Calabresi, Guido, *Un vistazo a la catedral*, Lima, Palestra, 2011), al deber contratar mayor personal con los mismos incentivos que los demás jueces y magistrados ponentes miembros de los tribunales.

⁵⁶⁷ Méndez, ob. cit., p. 29.

4. Un sistema de Derecho de autor para jueces y magistrados miembros de los tribunales: equilibrando el interés público con incentivos privados para mejorar la Justicia

Para postular que se podría incentivar la mejora en la calidad de resoluciones judiciales y/o administrativas no basta con describir que se podría aplicar la teoría económica del incentivo de inversión a través de la propiedad privada, sino que se deben esbozar las particulares características que tendría este sistema. En este punto cabe señalar que nuestra propuesta es un ensayo. Un ensayo que, en cuanto tal, siempre será perfectible. Para nuestro estudio hemos elaborado una propuesta basada en el análisis de las normativas peruana, colombiana y española sobre el tema. De todo el haz de derechos que nacen con el hecho de la creación de una obra original –como lo son las resoluciones judiciales y/o administrativas– según el Derecho de autor clásico, en este régimen especial, casi todos los derechos estarán limitados

parcialmente o restringidos totalmente; mientras que otros plenamente válidos servirán para causar el efecto propuesto en este trabajo. De igual manera, la presunción de cesión de derechos al empleador por parte del trabajador se encuentra vigente y operará plenamente. Comencemos por este punto.

Es común que las normativas de Derecho de autor establezcan reglas subsidiarias para el caso de que las partes que negocian sobre sus derechos contractualmente olviden pactar algunas situaciones jurídicas. Este es el caso de la presunción de cesión en el supuesto de la existencia un contrato –p. ej., un contrato laboral–, en el cual una de las partes efectúa en el marco de lo pactado y/o sus funciones principales una obra original protegida. Lo usual es que la norma indique “salvo pacto en contrario”, lo cual da primacía a la voluntad de las partes⁵⁶⁸, y luego establezca que se presumen cedidos ciertos derechos patrimoniales a la otra parte⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Epstein, Richard, *Reglas simples para un mundo complejo*, Lima, PUCP, 2006.

⁵⁶⁹ Decreto Legislativo 822, de 23 de abril de 1996, de Perú, Ley sobre el Derecho de Autor: “Artículo 16. Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes. “A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma”. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, de España, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “Artículo 51: “1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. “2. A falta de pacto escrito,

se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. “3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores...”. Ley 23, de 28 de enero de 1982, de Colombia, Ley sobre Derechos de Autor: “Artículo 20. En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al en cargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.

En el caso de jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, si bien no reciben instrucciones por parte de ningún superior jerárquico, crean las resoluciones judiciales y/o administrativas en el ejercicio de sus funciones. Y sus funciones nacen de un mandato constitucional, no de cualquier mandato legal, por lo que emergen desde la raíz de la separación de poderes; de esta forma, es claro que no cabe fijar una primacía de la autonomía privada bajo la fórmula “salvo pacto en contrario” que normalmente se establece en la presunción de cesión de derechos patrimoniales al patrono o empleador.

De esta manera, es adecuado tomar la disposición que trae el artículo 91 de la Ley de Derecho de Autor de Colombia, que establece: “Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente”. De otra parte, se exceptúan las lecciones o conferencias de profesores y se indica que la defensa de los derechos morales recae en cabeza de los empleados o

funcionarios.

Según nuestra propuesta, los jueces y magistrados miembros de los tribunales generarían derechos de autor con el hecho de la creación de sus resoluciones judiciales y/o administrativas; sin embargo, tanto el Poder Judicial como la entidad administrativa serían los titulares de los derechos patrimoniales, excepto uno concreto y muy importante para nuestra hipótesis: el derecho patrimonial de transformación. Creemos, también, que es innecesaria la mención a las lecciones o conferencias, porque estas no calzan dentro de lo que los jueces y magistrados miembros de los tribunales efectúan dentro de sus funciones; por el contrario, sí creemos importante indicar que los principales responsables – sin dejar de lado al Poder Judicial y las entidades administrativas – de resguardar los derechos morales de autor de este régimen son los propios jueces y magistrados miembros de los tribunales, en cuya cabeza siempre estarán dichos derechos de índole personal.

De esta forma, la primera propuesta de norma de este sistema sería la siguiente:

Propuesta de norma I

Los derechos de autor sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas creadas por los jueces o magistrados miembros de los tribunales, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, se presumen cedidos al Poder Judicial o la entidad administrativa correspondiente. Con excepción del derecho reconocido en el inciso c) de la norma V.

La defensa de los derechos morales, cuya titularidad recae siempre en dichos jueces o magistrados miembros de los tribunales, será ejercida por los autores, en cuanto este ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones del Poder Judicial o la entidad administrativa afectada.

Ahora bien, entremos a apuntar qué derechos estarán plenamente vigentes, cuáles limitados de manera parcial y qué

otros estarán restringidos por completo. La propuesta está pensada de la siguiente manera:

Derechos de autor del juez y/o magistrado miembro de los tribunales			
Derechos morales	Situación	Derechos patrimoniales	Situación
Derecho a la divulgación	Restringido completamente	Derecho de reproducción	Limitado parcialmente
Derecho de paternidad	Vigente plenamente	Derecho de distribución	Restringido completamente
Derecho de integridad	Vigente plenamente	Derecho de comunicación pública	Limitado parcialmente
Derecho de modificación o variación	Limitado parcialmente	Derecho de transformación	Vigente plenamente
Derecho de retiro de la obra del comercio	Limitado parcialmente		
Derecho de acceso a la obra	Vigente plenamente		

Comencemos con los *derechos morales de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales* que no son cedidos al Poder Judicial ni a las entidades administrativas, pues estos derechos son de carácter personal y cuentan con ciertas características especiales como la irrenunciabilidad y la inalienabilidad⁵⁷⁰

En principio, vemos que el *derecho a la divulgación* que recae sobre resoluciones judiciales y/o administrativas se encuentra restringido completamente por la notificación obligatoria de dichos documentos a las partes del procedimiento, así como el principio de publicidad que exige al Estado la máxima difusión de estos documentos; de esta manera, los jueces

y/o magistrados miembros de los tribunales deberán soportar que sus obras sean expuestas a las partes y a la población en general.

Llama la atención especialmente el artículo 213 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, así como el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España que establecen la obligación de llevar un “Libro de Sentencias” de acceso al público cuidando derechos fundamentales como el de la intimidad y los datos personales, tal como establece el artículo 212 de la misma norma. Igualmente, en Perú, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que todas las sentencias se publicarán en la página web del Poder Judicial, bajo responsabilidad de las cortes superiores y Suprema. Y en el caso de Colombia, el

⁵⁷⁰ Decreto Legislativo 822, de 23 de abril de 1996, de Perú, Ley sobre el Derecho de Autor: “Artículo 21. Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles”. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, de España, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “Artículo 14. Corresponden

al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: [divulgación, paternidad, integridad, modificación, retiro y acceso]...”. Ley 23, de 28 de enero de 1982, de Colombia, Ley sobre Derechos de Autor: “Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para [sus prerrogativas morales: paternidad, integridad, divulgación, modificación y retiro]...”.

artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia indica que toda persona puede acceder al contenido de los archivos donde se encuentran las sentencias. Queda claro que el derecho a la divulgación está completamente restringido.

Ahora bien, el *derecho a la modificación o variación* está limitado temporalmente. En este caso podemos identificar dos momentos: (i) cuando existe una resolución judicial y/o administrativa inconclusa, y (ii) cuando existe una resolución judicial y/o administrativa expedida oficialmente.

Desde el momento en que comienza la creación de una resolución judicial y/o administrativa, cuando tenga un mínimo de originalidad, hasta el momento en que se expide oficialmente –sea este momento el de la firma (art. 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española), la notificación (art. 406 del Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil peruano) o la suscripción (art. 279 del Código General del Proceso colombiano)–, el juez o magistrado miembro de tribunal tiene un derecho de modificación o variación; sin embargo, una vez realizado este acto solo proceden algunas alteraciones muy básicas por errores materiales, aritméticos, numéricos u ortográficos (arts. 286 del Código General del Proceso colombiano, 407 del Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil peruano y 214.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española).

Por otro lado, el *derecho de retiro de la obra del comercio* nos lleva a interrogarnos y a distinguir dos supuestos: (i) cuando la obra en el comercio es la resolución judicial y/o administrativa, y (ii) cuando la obra en el comercio es una obra derivada de la resolución judicial y/o administrativa.

Si se trata de lo primero, este derecho está completamente restringido pues, así un juez o magistrado miembro de los

tribunales quisiera retirar del comercio una resolución judicial y/o administrativa como originariamente se expidió, se vería impedido de realizar este derecho precisamente porque existe –como veremos más adelante– una limitación al derecho patrimonial de reproducción que deriva del principio de publicidad y, además, en nuestra norma propuesta de cesión, siguiendo el ejemplo de la normativa colombiana, dijimos que la defensa de los derechos morales “será ejercida por los autores, en cuanto este ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones del Poder Judicial o la entidad administrativa afectada”. Por el contrario, si se trata de lo segundo, existe un matiz. Nuestra propuesta se basa en la importancia del derecho patrimonial de transformación y distribución de una obra derivada de resoluciones judiciales y/o administrativas específica, como veremos más adelante; en el caso de la obra derivada referida denominada “obra de colección de autoría personal”, la cual describiremos con mayor detalle posteriormente, sí existe posibilidad de que el juez y/o magistrado miembro de tribunal retire esta obra del comercio, esto por cuanto ello no afecta ni el principio de publicidad ni los derechos y obligaciones del Poder Judicial o las entidades administrativas. Sin embargo, es preciso indicar que, pese a lo señalado, tampoco será posible que un juez y/o magistrado miembro de tribunal pueda solicitar que se retire una específica resolución judicial y/o administrativa de su autoría que forme parte de una obra derivada o una base de datos creada –por ejemplo– por una empresa que se dedique a recopilar y ordenar estos documentos oficiales, con base en la limitación impuesta al derecho patrimonial de reproducción establecido por las normas.

Dicho lo anterior, comenzamos a describir los derechos plenamente vigentes, dejando el más importante para el final. En nuestra propuesta estaría plenamente vigente el *derecho de acceso* a pesar de que la resolución judicial y/o administrativa no tiene *stricto sensu* un ejemplar único; la resolución judicial y/o administrativa que contiene en depósito –como hemos visto al analizar el derecho a la divulgación– el Poder Judicial y/o la entidad administrativa respectiva debe estar siempre a disposición de acceso por parte del juez y/o magistrado miembro de tribunal y autor de la misma. Esto genera un deber por parte del Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente

de mantener el archivo de estos textos oficiales; recalcamos que la falta de infraestructura y demás pretextos materiales y/o administrativos quedan atrás debido al deber mínimo de poseer un archivo virtual⁵⁷¹. Pero, debemos recalcar que el filtro de selección de resoluciones judiciales y/o administrativas por autor solo debe estar disponible para los autores, para no ir en desmedro con el derecho patrimonial de transformación que les reconoce el sistema propuesto a los jueces y/o magistrados miembros de tribunal. Lo cual nos obliga a proponer este aspecto como cuestión normativa:

Propuesta de norma II

Tanto el Poder Judicial como las entidades administrativas con funcionarios, órganos o tribunales, desarrollarán una plataforma de soporte tecnológico para la publicidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas que expidan; con la finalidad de facilitar a los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales autores y a la ciudadanía en general el acceso en forma sencilla a todos y cada uno de estos textos oficiales a nivel nacional.

El suministro de información y la gestión integral de la plataforma tecnológica se realizará de conformidad con las normas sobre protección de la intimidad, datos personales y/o cualquier otro derecho que limite el principio de publicidad.

La plataforma tecnológica deberá obligatoriamente proveer un filtro de uso exclusivo por parte de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, para que puedan acceder a las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría.

Luego, tenemos el *derecho a la integridad*. Este derecho está plenamente vigente en nuestra propuesta y obedece a un interés dual: (i) el interés del juez y/

o magistrado miembro de los tribunales para que no se altere lo creado en su obra concreta y (ii) el interés del Poder Judicial y/o la entidad administrativa respectiva

⁵⁷¹ Tal como evidencia, en Perú, el artículo 10 del Decreto Supremo 017-93-jus, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o el reciente artículo 5 del Decreto Legislativo 1342 –que promueve la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales. Pues, como señalaba Mendoza antes de la existencia de esta norma, “la tarea pendiente es construir un sistema de información jurisdiccional que conecte las sentencias de primera instancia con las de las cortes superiores y que confluyan hacia estándares de juzgamiento por cada tema abordado en las

sentencias. La informatización del Despacho y la vía de una base de datos sistematizada pueden coadyuvar a que la subjetividad de cada juez dé paso a una pauta mayor de Justicia que domine la Administración de Justicia”. Mendoza, Raúl, “La predictibilidad de los jueces y de la Justicia. Reflexiones en torno al proyecto ‘Auditoría Social al Sistema de Justicia’”, *Auditoría Social a los Sistemas de Justicia*, Lima, Auditoría Social a los Sistemas de Justicia, 2013; disponible en: <http://www.auditoriajudicialandina.org/?p=105> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

en que la ciudadanía conozca el verdadero sentido de lo decidido y no se transgreda el principio de invariabilidad, a la vez que el principio de publicidad sea cumplido de manera idónea. Recordemos que el sistema de *Crown Copyright* (Derecho de autor de la Corona) del Reino Unido existe principalmente por este motivo. Adicionalmente, creemos que en el caso de las resoluciones judiciales y/o administrativas no cabe restringir este derecho a supuestos que atenten contra la obra o el autor, tal como lo hacen el Convenio de Berna, la Decisión 351 de la Comunidad Andina o las leyes de Derecho de autor de España y Colombia.

En este sentido, cuando un juez y/o magistrado miembro de los tribunales ve alterada una resolución judicial y/o administrativa de su autoría, tiene también el interés de que no se altere su obra concreta porque el cúmulo de renombre que generará el sistema de Derecho de autor propuesto, como veremos a continuación, podría ser injustamente afectado. La defensa del derecho de integridad, como señalamos en la norma propuesta, está en cabeza de los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, pero consideramos que el Poder Judicial, en vista de que aquellos tienen la obligación

legal y constitucional que les imponen los principios señalados, podría ejercer la defensa incluso cuando los autores ya no se encuentren en funciones –pensemos en un juez y/o magistrado miembro de tribunal que renunció y ahora trabaja en una firma de abogados privada o en otra administración pública–, o en el caso de los autores que hayan fallecido⁵⁷². Nada obsta a que el Poder Judicial actúe en defensa del derecho moral de integridad de las resoluciones judiciales y/o administrativas, en virtud del principio de invariabilidad y/o de la potencial infracción a la idoneidad del cumplimiento del principio de publicidad por las alteraciones y/o modificaciones realizadas por terceros.

Finalmente, el más importante derecho moral de la propuesta es el *derecho de paternidad*. Este derecho moral está plenamente vigente en nuestro esquema propuesto y consiste en la obligatoria identificación del autor juez y/o magistrado miembro de tribunal de las resoluciones judiciales y/o administrativas. De esta manera, es necesario que cualquier uso o copia de estas obras respete la mención al autor juez y/o magistrado. Este es uno de los pilares de nuestra propuesta debido al efecto de condensación de reputación que generará la atribución de derechos de

⁵⁷² Esta figura no es extraña en los derechos de autor, en caso de no existir herederos o de que se ignore su paradero; el Estado, en España, puede estar legitimado para defender el derecho moral de integridad. Como señala Cámara, “tras la muerte del autor, el derecho moral se extingue. La legitimación que ostentan los sujetos mencionados en los arts. 15 y 16 responde a situaciones de poder distintas, dependiendo del sujeto en cuestión de que se trate. [...] La persona designada por el autor tiene una potestad que asemeja su posición a la abacea [sic]. De ahí que su actuación quede sometida al control de los herederos. Por su parte, los herederos del autor reciben ex novo un derecho similar al que tenía el autor. Y, finalmente, las entidades públicas ostentan una potestad de carácter público que encuentra su fundamento

último en el deber constitucional de los poderes públicos de procurar a los ciudadanos el acceso a la cultura” (ob. cit., p. 117). O también cuando la obra pasa al dominio público, la defensa del derecho moral de integridad corresponde al Estado o cualquier interesado; como se indica, en Perú, en el artículo 29 de la Ley de Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, de 23 de abril de 1996: “Artículo 29. En resguardo del patrimonio cultural, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad de las obras que pertenezcan o hayan pasado al dominio público corresponderá indistintamente a los herederos del autor, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o a cualquier persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo sobre la obra respectiva”.

autor a los jueces y/o magistrados, pues uno de los efectos de la atribución de derechos de propiedad privada es la interiorización de externalidades, sean estas positivas o negativas; pero, como vimos al momento de considerar la teoría económica, uno de los puntos más importantes es identificar al titular de la propiedad privada: lo cual se logra, en esta propuesta de propiedad privada sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas, a través del derecho de paternidad. Tan importante es este derecho que creemos que también debe habilitarse al Poder Judicial y a las entidades administrativas correspondientes a ejercer, conjunta y/o subsidiariamente, las acciones en defensa de este derecho moral correspondiente a los jueces y/o magistrados, tal como hemos visto sobre el derecho de integridad.

Este derecho también ayuda a la funcionalidad del principio de seguridad jurídica o de predictibilidad. Cuando un juez y/o magistrado miembro de los tribunales utiliza un criterio para un caso concreto llevando su nombre y apellido identificándolo, reparará mucho en cambiar de criterio pues esto le llevaría a contradicción; lo cual no es beneficioso para él respecto de la revisión de calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas cuando exista un control por parte del Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente, así como de cara a los operadores jurídicos que utilizan la jurisprudencia en su labor diaria.

Nuestra propuesta normativa sobre los derechos morales del juez y/o magistrado miembro de los tribunales sería la siguiente:

Propuesta de norma III

Los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales autores de resoluciones judiciales y/o administrativas tendrán los siguientes derechos morales inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles:

- a) Derecho de paternidad: consistente en el derecho a ser reconocido en su calidad de autor de la resolución judicial y/o administrativa;
- b) Derecho de integridad: consistente en el derecho de respeto a la integridad de la resolución judicial y/o administrativa, así como de oponerse e impedir toda deformación, modificación, mutilación, atentado o alteración de la misma;
- c) Derecho de acceso: consistente en el derecho de acceder al ejemplar depositado oficialmente en el Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente;
- d) Derecho limitado de modificación y/o variación: consistente en el derecho de modificar la resolución judicial y/o administrativa hasta el momento de su oficialización, respetando los límites impuestos por el ordenamiento.
- e) Derecho limitado de retiro de la obra derivada de colección del comercio: consistente en el derecho de suspender la utilización de la resolución judicial y/o administrativa en la obra derivada de colección, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que ello pudiere ocasionar. Si el autor decide reemprender la explotación de esta obra derivada, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular, en condiciones razonablemente similares a las originales.

El Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente tendrá legitimidad para defender los derechos de los incisos a) y b) subsidiaria o conjuntamente con el autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales.

Sigamos con los *derechos patrimoniales de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales*, los cuales son muy reducidos debido al principio de publicidad que pesa sobre el Poder Judicial y/o las entidades administrativas. En efecto, comenzaremos diciendo que el sistema de Derecho de autor de jueces y/o magistrados propuesto tendrá siempre el *derecho de reproducción* y el *derecho de comunicación pública* limitados, primando la publicidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas en favor de la ciudadanía en general. Por esto, nos parece coherente fijar una norma como el artículo 41 de la Ley de Derecho de Autor colombiana que señala que los textos oficiales son de libre reproducción, con el límite de respetar el derecho de integridad y otros deberes de reserva estatales; creemos que se debe añadir también la comunicación pública, pues al haber fijado una plataforma virtual de difusión de las resoluciones judiciales

y/o administrativas es razonable que la versión circule por internet una vez puesta en dicha plataforma.

Recordemos que siempre primará la publicidad sobre el posible otorgamiento de un derecho de propiedad privada en clave de *ius excludendi* a los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales. Esto pues, adicionalmente al principio de publicidad, está en juego el principio de predictibilidad o de seguridad judicial y/o administrativa. No es posible otorgar derechos de exclusiva sobre la reproducción y la comunicación pública de las resoluciones judiciales y/o administrativas ya que estas deben ser conocidas por la ciudadanía y los operadores jurídicos con el fin de enterarse de los parámetros y criterios judiciales y/o administrativos⁵⁷³.

De esta forma, la primera clave patrimonial en la normativa sería la de la siguiente propuesta:

Propuesta de norma IV

Es permitido a todos reproducir y comunicar públicamente la versión oficial de las resoluciones judiciales y/o administrativas, bajo la obligación de respetar el derecho de paternidad e integridad de las mismas y cualquier otro derecho que limite el principio de publicidad.

Nótese que estos dos derechos patrimoniales están limitados, mas no restringidos. Es decir que, a diferencia del derecho moral de divulgación que no

posee el juez y/o magistrado miembro de los tribunales, estos autores sí pueden reproducir y comunicar públicamente las resoluciones, incluso haciendo

⁵⁷³ Como ha indicado el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 3 de su sentencia 0016-2002-AI/TC, que cita –incluso– el fundamento 5 de la sentencia 36/1991 del Tribunal Constitucional español: “El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad [sic] de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone

‘la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho’ (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la ‘predecible’ reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”.

añadidos⁵⁷⁴, como lo hacen algunas empresas que generan bases de datos con jurisprudencia, tales como LexisNexis®, Gaceta Jurídica®, LexBase®, Aranzadi®, entre otras. El que sí estará restringido es el *derecho de distribución* pues, al poder reproducir y comunicar públicamente las resoluciones judiciales y/o administrativas, pierde sustancia y carece de sentido cobrar por vender, alquilar, prestar u otro acto respecto de ejemplares físicos de estos textos oficiales.

En este sentido, solo tendremos vigente un derecho patrimonial en su totalidad. Así, el *derecho de transformación* estará vigente en torno al *ius excludendi* y el *ius utendi*; es decir que únicamente el juez y/o magistrado miembro de los tribunales tendrá la posibilidad de transformar las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría y, posteriormente, distribuir ejemplares físicos y/o comunicar públicamente, incluso por internet, estas obras derivadas, al igual que impedir que terceros hagan cualquier uso de esa obra derivada. Si bien la propuesta está pensando en solo un tipo de obra derivada: la obra en colección, establecida ejemplarmente en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española⁵⁷⁵, nada obsta para que toda otra transformación, incluso traducciones o adaptaciones, pertenezca a los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales. Como vimos

en la propuesta de norma I, precisamente se incluyó una excepción a la cesión de este derecho patrimonial, el cual –en nuestra propuesta– seguirá en cabeza de los autores jueces y/o magistrados.

Como hemos señalado, no debemos subestimar los posibles usos alternos de los textos oficiales como las resoluciones judiciales y/o administrativas; basta señalar dos ejemplos creativos: primero, tenemos los libros de cuentos *Verbrechen y Schuld*, así como las novelas *Der Fall Collini y Tabu*, del jurista alemán Ferdinand von Schirach, quien toma casos reales (algunos que él mismo patrocinó) para componer sus relatos⁵⁷⁶. Un juez y/o magistrado miembro de los tribunales podría, tranquilamente, usar casos icónicos reemplazando nombres y, protegiendo aspectos puntuales, publicar una novela basada plenamente en casos descritos en sus resoluciones judiciales y/o administrativas. Y, segundo, tenemos el libro *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, que editó y escribió parcialmente el jurista peruano Fernando de Trazegnies, obra esta compuesta principalmente por un expediente judicial histórico que De Trazegnies encontró en el Archivo Departamental de Cajamarca; esta obra –narrada con los documentos del expediente judicial– relata cómo un hombre libre lucha por la libertad de su esposa esclava ante la autoridad jurisdiccional de aquel tiempo⁵⁷⁷. Igual ejercicio podría hacer un autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales con

⁵⁷⁴ Debemos aclarar que no se trata de añadidos al texto de la resolución judicial y/o administrativa, sino a comentarios, sumillas, concordancias y otros. Es decir, elementos añadidos que brinden un valor agregado a los textos.

⁵⁷⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, de España, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “Artículo 22. La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa”.

⁵⁷⁶ Castilla, Amelia, “El crimen y la culpa, según von Schirach”, Diario *El País*, Madrid, Ediciones El País S.L., 2013; disponible en: http://cultura.elpais.com/cultura/2013/12/04/actualidad/1386179796_387727.html [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵⁷⁷ Bullard, Alfredo, “Litigante por amor”, *El Comercio*, Lima, Empresa Editora El Comercio, 2016; disponible en: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/litigante-amor-alfredobullard-noticia-1880343> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

las resoluciones judiciales y/o administrativas que haya resuelto y sean de su autoría. Como vemos, los usos de estos textos oficiales como obra originaria a ser transformada pueden dejarse a los jueces y/o magistrados debido a que son usos secundarios ajenos a las funciones oficiales que tienen para el Poder Judicial y/o la entidad administrativa respectiva por orden de la Constitución y las leyes.

La obra en que piensa principalmente, sin exclusión de otras, esta propuesta es la *obra de colección de autoría personal*⁵⁷⁸. Es decir, cuando un juez y/o magistrado efectúa una recopilación de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría y las publica a modo de colección. Ya se ha visto esta práctica, pero sin el *ius excludendi* que tiene nuestra propuesta, por ejemplo en el caso de los siguientes libros:

– *Mis votos como juez del Tribunal Constitucional*, del ex magistrado peruano Juan Vergara Gotelli;

– *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, del ex magistrado peruano César Landa Arroyo;

– *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, del ex magistrado peruano Gerardo Eto Cruz;

– *Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, del también ex magistrado peruano Carlos Mesía.

Esta práctica intelectual también obedece al criterio de que quien está en mejor posición de conocer el contenido de las resoluciones judiciales y/o administrativas emitidas son los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales; de esta forma, es fácil para dichos actores en el mercado clasificar, sumillar, concordar y hacer cualquier otro añadido, incluso recopilar estos textos oficiales de modo sistemático y clasificarlos por temas específicos a modo de manual. En este sentido, por qué no darles la posibilidad de cobrar por esto en exclusividad y –como veremos– obtener aumento de reputación a través de la identificación de sus resoluciones judiciales y/o administrativas junto a su nombre y apellido, que adquieren en este contexto la función de condensación de reputación de los signos distintivos⁵⁷⁹. En

⁵⁷⁸ Como indica Serrano, la “obra de colección” es “la facultad de publicar las obras, es decir, de editarlas conjuntamente cuando se trate de obras literarias o reunir las en un mismo soporte cuando se trate de otro tipo de obras; en definitiva, facilitar el acceso al público de un conjunto de obras del mismo autor a través de un único medio o instrumento, ya se trate de la totalidad de las obras del autor, en cuyo caso estaríamos ante la denominada colección completa, o únicamente de parte de las mismas, en cuyo caso estaríamos ante una colección escogida”: Serrano, Eduardo, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, Civitas, 2000, p. 54.

⁵⁷⁹ Como señala Bullard, “las marcas y signos distintivos en general son una ingeniosa figura legal para conceder una titularidad sobre el prestigio de un producto” (*Derecho...*, cit., p. 211). También cabe mencionar que se ha señalado que esta es –precisamente– la función de la marca que sirve más al titular de la misma; indica Fernández-Novoa que “desde la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es, sin duda alguna, la de

constituir un mecanismo en el que va condensándose progresivamente el eventual goodwill o buena fama de que gocen entre el público de los consumidores, los productos o servicios diferenciados por la marca”: Fernández-Novoa, Carlos, *Tratado sobre Derecho de marcas*. 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 67. Debemos recordar que los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales prestan también un servicio con la elaboración de las resoluciones judiciales y/o administrativas; en este sentido, el nombre funge de “signo distintivo” en el ámbito jurídico. Es más, pragmáticamente, en el mundo informal de los operadores jurídicos existe un conjunto de opiniones respecto al juez X o al magistrado Y que circula, de acuerdo a diversos factores (casos resueltos a favor de tal operador, calidad de resoluciones, comprensibilidad de los motivos de las decisiones, entre otros). Así, nuestra propuesta –a través del reconocimiento del derecho a la paternidad, creemos– logra dar incentivos para que el nombre de los jueces y/o magistrados de los tribunales tenga mayor goodwill a través del

este sentido, adelantando un poco lo que vamos a decir en líneas posteriores, se incentiva a que los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales mejoren la calidad de los textos oficiales de su autoría porque serán vinculados a ellos en cuanto a su entendimiento, claridad y comprensión tanto por la población como por los operadores jurídicos y, más importante aún, por los evaluadores de estas autoridades. Una vez más, interiorización de externalidades: si son positivas, condensación de buena reputación; por el contrario, si son negativas, mala reputación, con consiguiente peligro de no renovación del cargo de juez y/o magistrado.

Entonces, la propuesta dejaría plenamente vigente el derecho patrimonial a la transformación de las resoluciones judiciales y/o administrativas por parte de los autores jueces y/o magistrados para que en exclusiva puedan realizar obras derivadas, y hacer cualquier uso de ellas (reproducción, distribución, comunicación pública, etc.); así como de impedir que terceros sin autorización efectúen obras derivadas de las resoluciones judiciales y/o administrativas *que son únicamente de su autoría*: valga la precisión, por cuanto esta propuesta busca dejar a salvo el derecho de creación de obras complejas, recopilatorias de jurisprudencia en general, proveniente de diversos jueces y/o magistrados miembros de los tribunales; así como de bases de datos

de resoluciones judiciales y/o administrativas en general.

Para fines de definir claramente la propuesta, propondremos un ejemplo. Así, en caso de aprobarse nuestra sugerencia, el juez Richard Posner podría hacer un libro titulado *El derecho civil contractual desde mis resoluciones judiciales clave* y publicar un compilado de sus sentencias más importantes y resaltantes de cada institución del derecho civil contractual; esta sería una obra de colección de autoría personal sobre la cual Posner tendría los derechos morales y el derecho patrimonial mencionado, así como la posibilidad de accionar ante la entidad administrativa o el juzgado responsable de las materias de Derecho de autor y/o *copyright* para impedir que cualquier tercero haga un uso similar. No obstante, si, verbigracia, Aranzadi® decidiera realizar una base de datos con diversa jurisprudencia que recopile sentencias del juez Posner y otros y las agrupara en una carpeta de "Derecho civil contractual", al igual que si este material se integrara como libro y se vendiera con el título *Derecho civil contractual visto desde la jurisprudencia*, el juez Posner tendría que soportar dicho uso porque sería el uso de la versión oficial depositada y expuesta por el Poder Judicial, según hemos detallado en la propuesta de norma IV. Entonces, tomando toda la propuesta respecto a los derechos patrimoniales tenemos la siguiente formulación:

Propuesta de norma V

Los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales autores de resoluciones judiciales y/o administrativas serán titulares originarios de los derechos patrimoniales sobre cualquier forma de uso de las mismas, en especial los siguientes:

conocimiento y percepción que los "usuarios del servicio de impartición de Justicia". Así como el propietario del predio –siguiendo la analogía que propusimos–, si está seguro de su derecho sobre

el bien, tenderá a invertir en él, creemos que todo juez y/o magistrado miembro –o al menos la mayoría– buscará constituir una buena o excelente reputación asociada a su nombre.

a) Derecho de reproducción: consistente en el derecho a realizar o autorizar cualquier forma de fijación u obtención de copias de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual, entre otros;

b) Derecho de comunicación pública: consistente en el derecho a realizar o autorizar todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, en especial la puesta a disposición del público de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija;

c) Derecho de transformación: consistente en el derecho a realizar, autorizar o prohibir las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría.

Queda especialmente protegido el derecho de transformación de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría para publicarlas reunidas en colección escogida o completa, produciéndose una obra de colección personal, sobre la cual el juez y/o magistrado miembro de los tribunales puede realizar, autorizar o prohibir cualquier uso conforme al régimen de Derecho de autor regular.

No obstante, el juez y/o magistrado miembro de los tribunales no podrá impedir el uso de las resoluciones judiciales y/o administrativas de su autoría cuando la obra derivada o base de datos protegida* creada por un tercero, autorizado o no, realice mezclándolas con resoluciones judiciales y/o administrativas de distinto autor, siempre y cuando no sea en abuso de derecho del límite establecido en la norma IV**.

El Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente, como se establece en la norma I, será titular derivado/a de los derechos de los incisos a) y b). No obstante, el derecho establecido en el inciso c) y cualquier otro uso sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas permanece siendo de titularidad del autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales de cada una de ellas.

Para terminar, debemos mencionar alguno que otro aspecto sobre la aplicación de los límites y excepciones; aunque, por regla general, estos deberán aplicarse de la misma manera en que se aplican a cualquier tipo de obra. Por

ejemplo, es obvio que si la sentencia de autoría de un autor magistrado miembro de un tribunal debe ser reconocida en un proceso de *exequatur* en el extranjero y debe ser traducida—derecho que recae en cabeza del autor según la propuesta—, estará cubierta por la excepción de uso

* Esta mención se hace con base en la existencia del derecho *sui generis* de base de datos que reconoce el régimen de Derecho de autor español en los artículos 133 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

** Esta "prevención" se hace para que las empresas de bases de datos o cualquier editor recopilador de jurisprudencia no publique un libro

o comunique públicamente una base de datos — por seguir con nuestro ejemplo— con un 98% de sentencias del juez Posner y un 2% de cualquier otro juez, solo con el fin de evitar que el juez Posner pueda reclamar con base en su derecho de exclusiva de transformación de los textos oficiales de su autoría como obra de colección personal.

de la obra en un proceso judicial⁵⁸⁰; incluso, si asumimos que se trata de reproducción, este uso ya estará cubierto por la excepción de la propuesta de norma IV.

Cabe observar que existen dos particulares disposiciones que nombrar: una sobre el límite de cita y otra sobre el límite de parodia, pero desde ya adelantamos que esto será mencionado muy levemente porque el debate que

generan puede exceder el ámbito de la propuesta.

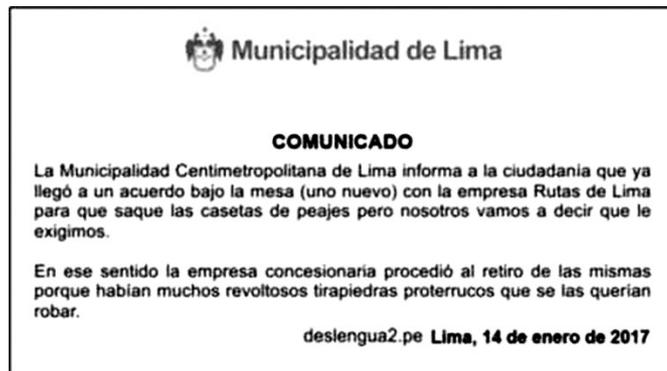
Aunque la *parodia de resoluciones judiciales y/o administrativas* parezca un fenómeno de difícil ocurrencia; debemos señalar que ya existen diversas páginas institucionales en la red social Facebook® que hacen uso de textos oficiales para satirizar o criticar las mismas obras o textos oficiales que transforman. Veamos algunos ejemplos en el ámbito peruano:



Sin título. En página de Facebook *Deslenguad2*. S/L: Deslenguad2, 2017. Disponible en: <http://goo.gl/HFiSmp> Consulta: 17 de febrero de 2017.

⁵⁸⁰ Aunque las normas actuales solo hablen de "reproducción" (Perú y Colombia) o "reproducción", "distribución" y "comunicación pública", podría: (i) ampliarse en estos casos a la transformación, lo cual es casi imposible, o (ii) asumirse que la traducción es reproducción y no transformación debido a que se trata de una transcripción mecánica, literal y/o textual a otro idioma sin margen a la creatividad de nueva originalidad para que se cree una obra derivada. Mariscal, Patricia, *Derecho de transformación y obra derivada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; Ayllon, Héctor, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Madrid, Reus, 2014. En este último caso, las normas que recogen la excepción o límite aplicable, inclusive a las resoluciones judiciales y/o administrativas como obra protegida, teniendo los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales que soportar esta traducción, serían las siguientes: Decreto Legislativo 822, de 23 de abril de 1996, de

Perú, Ley sobre el Derecho de Autor: "Artículo 43. Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor: "[...] (d) La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga...". Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, de España, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: "Artículo 31 bis: "1. No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios...". Ley 23, de 28 de enero de 1982, de Colombia, Ley sobre Derechos de Autor: "Artículo 42. Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado".



La muni comunica que se retiraron los peajes en Puente Piedra, este es el comunicado. En página de Facebook *Deslengua2*. S/L: Deslenguad2, 2017. Disponible en: <http://goo.gl/bezyic> Consulta: 17 de febrero de 2017.



“El diseñador de *El Peruano* renunció, pero nos dejó otra joya que pasará de generación en generación”. En página de Facebook *Deslengua2*. S/L: Deslenguad2, 2016. Disponible en: <http://goo.gl/REb3YW> Consulta: 17 de febrero de 2017.



#Urgente. En página de Facebook *El Panfleto*. S/L: El Panfleto Perú, diario sanchezcerrista del Perú, 2016. Disponible en: <http://goo.gl/pwBRHh> Consulta: 17 de febrero de 2017.

Como podemos observar, los titulares de estas parodias han hecho uso de textos oficiales como comunicados oficialmente emitidos por las autoridades competentes para satirizar y/o criticar; creemos que el límite de la parodia de los textos oficiales, si bien la misma está permitida actualmente, debe estar muy restringido, o bien se debe, por lo menos, aumentar el nivel de exigencia de no confundibilidad con la obra original. En el caso de las resoluciones judiciales y/o administrativas, una parodia como las señaladas podría entrar en conflicto con los principios de invariabilidad y de publicidad, que en algunos casos están recogidos a nivel constitucional junto al derecho fundamental de libertad de expresión; de esta manera, se deberá ponderar, porque a diferencia de lo que ocurre en el modelo norteamericano, los derechos y/o principios en otros países, como Colombia, Perú y España, no tienen jerarquía⁵⁸¹.

Y, en lo que toca con el límite de *cita de las resoluciones judiciales y/o administrativas*, es de aclarar que la mención a la fuente debe ser forzosamente la oficial que se encuentra en el depósito físico o plataforma virtual del Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente; esto con la finalidad de proteger varios intereses: (i) el interés de los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales que desean que sus resoluciones judiciales y/o administrativas no sean transmitidas parcial o totalmente de manera tergiversada, lo cual podría afectar incluso la reputación por la calidad de los textos oficiales de su autoría; (ii) el interés del Poder Judicial y/o la entidad administrativa correspondiente de hacer cumplir el principio de invariabilidad y de

que el principio de publicidad sea cumplido de manera idónea, al no ser tergiversado el contenido de las resoluciones judiciales y/o administrativas; y, finalmente, (iii) el interés del autor que cita de dar apariencia académica oficial por la cita de una fuente que conducirá a sus lectores y/o audiencia a una fuente fidedigna del texto oficial respectivo.

Nuestra propuesta es limitada porque hay intereses públicos en juego, los cuales –como hemos visto– deben ser respetados a través de principios que obligan al Estado a dejar limitados ciertos derechos de autor. Sin embargo, la propuesta está focalizada en dos pilares: el derecho moral de paternidad y el derecho patrimonial de transformación, con énfasis en la obra de colección de autoría personal.

Describamos un ejemplo práctico de cómo funcionaría este sistema:

Una vez implementado el novedoso sistema de Derecho de autor de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales que hemos propuesto, se enteran del mismo los jueces X, Y y Z. A cada uno de ellos corresponde un nivel de calidad de sentencias determinado. Al juez X corresponde un nivel de calidad de sentencias alto y al juez Y corresponde uno intermedio o indiferente, pero al juez Z corresponde un nivel de calidad de sentencias muy bajo. Cuando el juez Z y el juez Y tomen conocimiento de que ahora las sentencias serán identificadas siempre con nombre y apellido de los autores, buscarán mejorar la calidad de las mismas, no solo para mantenerse en el puesto, sino también porque en adelante se les juzgará por la calidad de las mismas (ya sea por la ciudadanía, los abogados, las partes o sus pares). Por

⁵⁸¹ Marciani, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima, Palestra, 2004.

otro lado, el juez X prestará especial atención a la parte patrimonial del sistema. Como él sabe que sus sentencias tienen una buena calidad, se atreverá a conversar con editoriales y a proponerles la publicación de un libro denominado *El proceso civil desde la jurisprudencia*, de su autoría, consistente en la recopilación a modo de colección de sus propias sentencias clasificadas de acuerdo a cada institución del proceso civil. Como la gente suele desprestigiar “en bloque” al Poder Judicial, esta primera obra tendrá un primer camino difícil hacia el reconocimiento, mas no imposible. Bastará con que un académico, un profesor y/o un grupo de estudiantes le den la difusión debida, tras leer y ver la calidad de la obra. Así, no pasará mucho tiempo para que esta sea ampliamente conocida y se generen dos efectos: (i) el surgimiento de copistas desautorizados, frente a los cuales el juez X y la editorial a quien cedió los derechos podrán accionar por infracción a los derechos de autor e, incluso, pedir resarcimiento; y (ii) la competencia entre sus pares, entre ellos los jueces Y y Z, quienes verán que el estándar subirá de cara a su evaluación de ratificación en el cargo, así como la reputación que reflejan frente a la ciudadanía⁵⁸².

Incluso si el juez Z no tuviera interés en imitar esta conducta del juez X, deberá hacerlo, porque en adelante se tomará en consideración la calidad de las sentencias para evaluar la carrera judicial o la ratificación de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales. El efecto del sistema será el impulso de la competencia entre los pares y que, mientras estos competirán por igualar,

cuando menos, el estándar mínimo, la ciudadanía, los operadores jurídicos y las partes en general se verán beneficiados por la mejora en la calidad de las resoluciones judiciales. Así, con el tiempo, tendremos diversos libros publicados, como *Manual de derecho penal: jurisprudencia relevante*, del juez Y, o *Tratado de derecho mercantil*, del juez Z; lo cual, a su vez, conducirá a que se dé mayor y más sistemática publicidad a las sentencias, en cumplimiento del principio de publicidad.

De igual manera, pero en casos menos frecuentes, el juez X podría poner a disposición del público cuentos y/o relatos basados en sus resoluciones judiciales, e incluso presentar obras de teatro basadas en estas. Por otro lado, como los jueces X, Y y Z ahora toman la previsión de clasificar y sistematizar sus propias resoluciones, podrán transferir – por obligación que impone el cargo – las sentencias clasificadas mediante *hashtags* o *metatags* de acuerdo a los temas que tratan, para que el Poder Judicial a través de la plataforma virtual de difusión de jurisprudencia ponga a disposición del público las mismas.

Igualmente, al tomar el juez Y, por ejemplo, postura respecto a un tema controvertido, la difusión de sus sentencias con nombre y apellido identificados claramente le desincentivarán a cambiar de criterio porque podría caer en contradicción expresa. En este sentido, se genera bienestar para la ciudadanía y los operadores jurídicos al tener claros los parámetros o criterios de resolución; esto, como vimos, es lo que busca el principio de predictibilidad (también llamado de seguridad o certeza), que se deriva del principio de publicidad.

⁵⁸² Como normalmente se hace al crear marcos de análisis de Análisis Económico del Derecho, estamos asumiendo que la actitud de los jueces es racional y egoísta; es decir, que buscarán lo mejor para sí y no tomarán actitudes dañosas para ellos

mismos. Así, un juez y/o magistrado miembro de los tribunales racionalmente querrá permanecer en el cargo a menos que exista algún puesto de trabajo con mayores beneficios (p. ej., en una firma privada o en otra institución pública).

Por otro lado, cuando los jefes de departamento o decanos de las universidades comiencen a ver mejoras en la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas invitarán, por ejemplo, al juez X, cuya calidad de sentencias es magnífica, a dictar clases, generando mayor reputación entre el mundo académico del derecho; además, el juez X dictará el curso teniendo como manual básico el libro en el cual publicó sus resoluciones, el cual podrá adquirir mayor fama al ser difundido en un salón de clase con varios alumnos. Al ver mejoras como estas, no queda duda de que los jueces Z e Y buscarán mejorar aún más la calidad de sus resoluciones para lograr ser contratados en puestos académicos y ser respetados mediante las buenas sentencias que emitirán⁵⁸³.

Ahora, veamos qué efectos ventajosos trae consigo nuestra propuesta de sistema de Derecho de autor para jueces y/o magistrados miembros de los tribunales.

5. ¿Puede el Derecho de autor mejorar la Justicia? Los efectos de la propuesta de un sistema de Derecho de autor para jueces y/o magistrados miembros de los tribunales

En el presente trabajo se ha sostenido que la creación de un régimen de Derecho de autor para jueces y/o magistrados miembros de los tribunales podría mejorar – al menos en cierto

sentido– la Justicia que se imparte en los órganos públicos resolutorios de conflictos intersubjetivos; si bien, como apuntamos al inicio, esta solución no es la “fórmula mágica” que generará una Justicia “perfecta”, creemos que podrá traer varios beneficios a nuestro ordenamiento a través de incentivos a los jueces y/o magistrados para la mejora en la calidad de los textos oficiales a su cargo; es decir, las resoluciones judiciales y/o administrativas. Entre estos tenemos los siguientes.

5.1. Interiorización de externalidades a través del nombre y apellido del juez y/o magistrado miembro de los tribunales como autor

Líneas atrás decíamos que el nombre y apellido de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales adquiere –en el contexto de nuestra propuesta– una función de condensación de la reputación en función de la calidad de las resoluciones judiciales

y/o administrativas de su autoría. En efecto, incluso informalmente, existe una reputación creada alrededor del nombre y apellido de los jueces y/o magistrados en el entorno del mundo jurídico; tanto los propios jueces y/o magistrados como los alumnos de las facultades de derecho, los profesores que no ejercen, los abogados litigantes, los consultores, incluso los propios secretarios judiciales y trabajadores del Poder Judicial y/o las

⁵⁸³ Cómo nos duele el observar que muchos jueces y/o magistrados miembros de los tribunales son desprestigiados día a día por la prensa y los operadores jurídicos; es decir, nuestros países ven al Poder Judicial (y algunas entidades públicas) como un nido de “ineficaces” y/o “corruptos”, mientras que en países de *Common Law* como Estados Unidos a menudo los jueces son vistos con respeto y son objeto de alabanza académica.

Basta con pensar en la difusión y trascendencia de la muerte de un juez supremo colombiano, español o peruano, frente al eco que generó la muerte, por ejemplo, del juez de la Corte Suprema

de Estados Unidos Antonin Scalia, cuando la cobertura de los medios de comunicación fue abrumadora y los comentarios –incluso de sus detractores– siempre de reconocimiento. Lo que más duele es que muchos jueces y/o magistrados entran a la carrera judicial con mucha emoción, capacitados y con ganas de mejorar, pero sus energías y empeño se ven consumidos por la mediocridad que media en los tribunales. Creemos que el sistema de Derecho de autor propuesto incentivaría a lograr una mayor calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas. Es una propuesta distinta.

entidades administrativas, tienen una opinión del juez X o del magistrado Y. Esta opinión está basada en diversos criterios: amistad, espíritu de cuerpo institucional, solidaridad, enemistad, rapidez de resolución, mayores o menores citas de doctrina, apego a las normas formales del proceso, resguardo de mayores garantías, entre muchos otros.

Como indicáramos, en un mundo utópico, donde los subjetivismos son aislados y no existen la envidia u otras actitudes negativas, el verdadero factor de medida de la reputación de los jueces y/o magistrados sería la calidad de sus decisiones; atención: no por dar la razón siempre a la parte “débil” o “vulnerable” o apoyar a las grandes corporaciones y grupos empresariales, sino porque sus decisiones expresadas en resoluciones judiciales y/o administrativas son claras y exponen razones convincentes que generan paz social para las partes que someten una controversia a la decisión de un “gran jefe”, como indicaba el personaje Cinque –protagonizado por Djimon Hounsou– en la película *Amistad* de Steven Spielberg. ¿Podríamos decir que nuestros jueces son respetados como los grandes jefes de las tribus aborígenes e indígenas? Yo creo que la respuesta es negativa actualmente, pues

la opinión general sobre los órganos que prestan el servicio de impartir Justicia – donde trabajan estos jueces y/o magistrados miembros de los tribunales– suele ser de gran desconfianza.

Un importante indicador de la diferencia que haría reconocer el derecho de paternidad sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas en cabeza de los autores jueces y/o magistrados miembros de los tribunales –como propone nuestro esquema hipotético– es la reputación de los árbitros, así como las listas y/o rankings que existen en el ámbito de la denominada “Justicia privada”. Le pregunto, lector/a peruano/a, colombiano/a o español/a, ¿alguna vez ha visto un ranking de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales de su país? Estoy casi seguro de que la respuesta será negativa, salvo algunas excepcionales encuestas o referéndums (mal) realizados por algunos colegios profesionales⁵⁸⁴.

Por el contrario, sí existen las listas de rankings de árbitros más solicitados; por citar solo un ejemplo, tenemos la lista creada por Chambers & Partners® denominada *Most in demand Arbitrators* (Árbitros más requeridos)⁵⁸⁵. ¿Cuál es la diferencia? Creemos que la confidencialidad propia del arbitraje y el manejo de la información que hacen únicamente

⁵⁸⁴ Muchas de estas encuestas y/o referéndums se realizan sin criterios de evaluación correctos; midiendo parámetros como la “honestidad” o “corrección” que no tienen que ver directamente con la función del juez y/o magistrado. Es claro que la parte perdedora podrá opinar que, contrariamente a lo que se busca, el juez X que resolvió en su contra es “deshonesto”; mientras que el magistrado Y es “honesto” porque resolvió a su favor en la apelación. Esto genera resultados diversos y nada confiables, tal como muestran los resultados de algunos de estos fracasados intentos de medición. Ver Condori, Blas, “Desaprueban a jueces y fiscales en referéndum realizado por abogados”, RPP Noticias, Puno, GRUPORPP S.A.C., 2016; disponible en: <http://rpp.pe/peru/puno/desaprueban-ajueces-y-fiscales-en-referendum-realizado-por-abogados-noticia-930171> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

referendum-realizado-por-abogados-noticia-930171 [Consulta: 17 de febrero de 2017]. Salcedo, José, “Para los abogados de Cusco, jueces y fiscales son honestos”, *La República*, Cusco, Grupo La República Publicaciones S.A., 2012; disponible en: <http://larepublica.pe/10-10-2012/para-los-abogados-de-cusco-jueces-y-fiscales-sonhonestos> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

⁵⁸⁵ “Dispute Resolution: Most in demand Arbitrators: Peru/Colombia/Spain”, en *Chambers & Partners Latin America Guide / Europe Guide*, Londres, Chambers & Partners, 2017; disponible en: <http://www.chambersandpartners.com/171/928/editorial/9/1> (Perú); <http://www.chambersandpartners.com/61/928/editorial/9/1> (Colombia); <http://www.chambersandpartners.com/194/928/editorial/7/1> (España) [Consulta: 17 de febrero de 2017].

los abogados, las partes (clientes) y los árbitros canalizan la información filtrando las subjetividades: por un lado, los árbitros saben entre ellos la calidad de trabajo que realizan en conjunto, incluso con diferencias de posición respecto a la controversia; por otro lado, los abogados tienen fuertes incentivos para –incluso en caso de perder– alabar la labor de los árbitros si fue de calidad para no quedar mal con el cliente; y, finalmente, las partes (clientes) no podrán quejarse porque ellas mismas eligen –aconsejadas por los abogados en muchos casos– a los árbitros encargados de resolver la controversia. Se forma, así, una “reputación” en torno al nombre y apellido del árbitro; debemos mencionar que esta reputación que se va formando puede ser tranquilamente negativa (*illwill*) si la labor del árbitro es muy mala, pero suele ser positiva (*goodwill*) porque los árbitros saben de la existencia de la valoración de su trabajo por parte de la comunidad jurídica⁵⁸⁶, que termina enterándose por una recomendación genérica de las partes y sus abogados a otras personas naturales y/o jurídicas, que podrían necesitar nombrar en el futuro un árbitro.

Lo mencionado no existe en el Poder Judicial y/o las entidades administrativas. En principio, uno no tiene posibilidad de elegir al juez y/o magistrado miembro de los tribunales; en el caso de los tribunales judiciales y/o de entidades administrativas es un poco más fácil de identificar esta “reputación” de grupo, mas no la personal porque son personas fijas en los

puestos; sin embargo, en el caso de los jueces la repartición es aleatoria. Pero incluso esto podría obviarse, si pudiéramos decir que la sentencia del juez X será de calidad, mientras que la sentencia del magistrado Y no lo será. No obstante, esto no es posible porque no existe plena identificación de la labor de los jueces⁵⁸⁷; así, creemos que uno de los efectos positivos de la atribución de un derecho de paternidad sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas sería la de que permitiría interiorizar las externalidades generadas por estas decisiones. De esta manera, se le darían incentivos a los jueces y/o magistrados para mejorar en lo posible –recordemos los límites impuestos por la ley– las resoluciones judiciales y/o administrativas.

Incluso en el supuesto informal y patológico⁵⁸⁸ de que los auxiliares jurisdiccionales redacten o colaboren con el contenido de las resoluciones judiciales y/o administrativas, el juez y/o magistrado tendrá incentivos para controlar y vigilar la forma como se realizan y tiene la potestad total para cambiar el contenido. Una duda que surge naturalmente es si habrá coautoría. Creemos que no. Aparte que este es un caso ilegal que se practica únicamente por la elevada carga que manejan normalmente los órganos del sector Justicia, por más que el auxiliar jurisdiccional –de manera irresponsable– redacte la resolución, el juez y/o magistrado debería: (i) usar los lineamientos base definidos por el auxiliar

⁵⁸⁶ Como Chijane indica sobre los signos distintivos: “resulta evidente que no todos los signos cumplen esta función, al contrario, algunos podrían simbolizar *illwill* o mala fama, o ser neutros, es decir, no representar prestigio ni mala reputación”. Chijane, Diego, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Reus y B de F, 2007, p. 23. Igualmente, al haber establecido la analogía de la función de condensación de reputación de los signos distintivos con el nombre de los jueces y/o magistrados, es posible la adquisición por parte del público usuario del servicio de impartición de Justicia de una opinión positiva o negativa respecto a su labor.

⁵⁸⁷ Informalmente, hay firmas que sí tienen identificados algunos criterios, características o preferencias de determinados jueces y/o magistrados miembros de los tribunales; sin embargo, no se trata sino de lineamientos con base en la experiencia profesional totalmente fallibles.

⁵⁸⁸ Se debe recalcar que los auxiliares jurisdiccionales, tales como relatores, secretarios, asistentes y otros, no tienen formalmente, ni deberían, tener la obligación de ayudar en la redacción de los textos oficiales; en especial, de las resoluciones judiciales y/o administrativas.

jurisdiccional y modificarlos añadiendo su originalidad; (ii) modificar totalmente la redacción que haya realizado este auxiliar; o, (iii) redactar todo de nuevo. Insistimos, este es un supuesto ilegal, en todo caso podría tratarse de un supuesto de *ghost writer*⁵⁸⁹.

Por último, cabe señalar que, en general, cada autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales es responsable por el contenido de cada resolución judicial y/o administrativa de su autoría. Incluso en el caso de que se trate de un magistrado miembro de un tribunal, donde firman varios de ellos, el responsable será el autor. Es ejemplar al respecto el artículo 138 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano que indica que el magistrado miembro de los tribunales que hace de “ponente” será responsable por los datos y citas consignados en su resolución judicial⁵⁹⁰; aquí tenemos un claro ejemplo de una norma que hace que un magistrado miembro de los tribunales interiorice los efectos negativos (externalidades) de no realizar bien una cita, incurriendo, por ejemplo, en un caso de plagio. Este es el mismo efecto, pero aumentado, que se lograría atribuyendo el derecho de paternidad a los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, tal como hemos propuesto.

5.2. Generación de un depósito físico y/o plataforma virtual de las resoluciones judiciales y/o administrativas con clasificación sistemática para toda la ciudadanía

Tal como hemos señalado en la propuesta de norma ii, tanto el Poder Judicial como las entidades administrativas que tengan funcionarios, órganos o tribunales deberán poner a disposición de la ciudadanía una plataforma de soporte tecnológico para la publicidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas que expidan. Esta propuesta, ya adoptada claramente –como vimos– en Perú y España, es en sí misma un logro para el Estado que tiene la obligación de hacer material el principio de publicidad. Sin embargo, un efecto colateral positivo es el que se logrará con el conocimiento y *know how* propio de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, a saber, el aumento de la sistematicidad de resoluciones judiciales y/o administrativas.

Ilustremos esto con un ejemplo. Tomemos a la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia o al Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú. Basta que, a través

⁵⁸⁹ Descrito por Rodríguez: “El *ghost writer* o *nègre*, como se le conoce en Francia, es un autor a quien se le encomienda la elaboración de una obra generalmente a cambio de una remuneración y en ocasiones bajo el establecimiento de un plan que deberá ser desarrollado. Una vez listo el trabajo, este escritor se hace invisible, se transforma en un fantasma. Ni su nombre, ni su seudónimo aparecen identificados y los derechos de autor pertenecen totalmente al contratante”, ob. cit., pp. 69-70. Aunque este es un supuesto muy interesante, excede las líneas de investigación, pues de esta relación fáctica entre auxiliares y jueces y/o magistrados se podría derivar: (i) la asunción de un sistema de trabajo legal que implique utilizar a los auxiliares de manera correcta, o (ii) la generación de controversias en las cuales los auxiliares podrían reclamar derechos de autor en coautoría, exponiendo a los jueces y/o

magistrados miembros de los tribunales que tergiversan la labor del auxiliar. En todo caso, dejamos la cuestión sentada para un futuro debate sobre el tema.

⁵⁹⁰ Decreto Supremo 017-93-jus, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano: “Artículo 138. En las Salas Especializadas de la Corte Suprema y Cortes Superiores de Justicia, la resolución se vota y dicta previa ponencia escrita del vocal designado para el efecto, sin perjuicio del estudio que realizan los demás miembros. “La ponencia escrita debe contener fecha de emisión, de entrega, firma y se archiva por el Relator. “La resolución puede reproducir la ponencia, ser contraria a la misma, o recoger otras o mejores consideraciones de la Sala. Deben consignarse expresamente los votos discordantes y los singulares. “El ponente responde por los datos y citas consignados u omitidos en su ponencia”.

de un sistema de *hashtags* o *metatags*, los funcionarios, órganos y/o magistrados del tribunal pasen al área de archivo o a la plataforma virtual sus resoluciones administrativas con estas “señas” para que el sistema abierto al público identifique más fácilmente los textos oficiales por tema o temas específicos. La pregunta es: ¿quién mejor que los propios jueces y/o magistrados miembros de los tribunales para realizar esta clasificación? Esta sistematización, en términos de Calabresi⁵⁹¹, incluso reduce los costos terciarios de las partes y de los órganos de Justicia, ya que será mucho más fácil, por ejemplo, para un abogado defensor encontrar jurisprudencia de un determinado tema y con un determinado juez y/o magistrado miembro de los tribunales como autor para argumentar frente a sus pares o frente al mismo autor, consiguiendo - que su argumentación sea más sólida; o será muchísimo más práctico para un juez y/o magistrado localizar su propia jurisprudencia o la de sus pares para motivar la decisión de casos futuros en iguales condiciones o similares al punto de la analogía.

5.3. Evitar el “blanqueo” de derechos de autor que genera la exclusión de las resoluciones judiciales y/o administrativas de la protección mediante Derecho de autor

Cuando no existe un régimen de Derecho de autor sobre las resoluciones judiciales y/o administrativas, se produce

un grave caso de “blanqueamiento” de derechos de autor. Pongamos un ejemplo: un reconocido profesor de derecho civil escribe un artículo sobre los derechos reales, específicamente sobre el embargo y el remate que sufren algunos propietarios por deudas ajenas; un juez de la Corte Suprema, a quien se le encargó redactar el pleno casatorio de un tema controvertido muy relacionado, encuentra perfecta una parte del texto y la plasma en su ponencia. Los demás magistrados encuentran bien el texto, votan y aprueban el pleno. Posteriormente, el profesor ve reproducidos, en el trabajo universitario de uno de sus alumnos, algunos párrafos literales y exactos de su artículo, sin mención del autor ni de la fuente. El profesor se reúne con el alumno autor del trabajo y le reclama por el “descarado” plagio, ante lo cual el alumno responde que solamente ha reproducido la sentencia del pleno casatorio que es de libre disposición por cuanto la Ley de Derecho de Autor excluye los textos oficiales. El profesor se quedará sin argumentos, luego de comprobar que la sentencia referida por el alumno en su versión oficial reproduce sus palabras y las “blanquea” por medio de su cita de un texto oficial. Esto es, palabras más, palabras menos, lo que sucedió con el profesor Gunther Gonzales Barrón y la sentencia del VII Pleno Casatorio en Materia Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú⁵⁹².

⁵⁹¹ Calabresi, ob. cit.

⁵⁹² Se puede encontrar la denuncia completa de Gunther Gonzales Barrón en “Denuncia por plagio y otras infracciones en la sentencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema con ocasión del VII Pleno”, *Perú Global*, 9(104). Lima, Esteban Carbonell O'Brien, 2015; disponible en: <http://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/peruglobal/revista104/noticias/noticia1.html> [Consulta: 17 de febrero de 2017]. Y cfr. las notas que recopilan las publicaciones en la red social Facebook donde se

hizo pública esta denuncia: “Gunther Gonzáles Barrón denuncia plagio en sentencia del VII Pleno Casatorio Civil”, *Portal de noticias Legis.pe*, Lima: Legis.pe, 2015; disponible en: <http://legis.pe/gunther-gonzales-barron-denunciaplagio-en-sentencia-del-vii-pleno-casatorio-civil/> [Consulta: 17 de febrero de 2017]. Caviglia, Alessandro. “Plagios supremos”, *Blog LaMula.pe comunidad*, Lima, LaMula.pe, 2015; Disponible en: <https://lamula.pe/2015/12/15/plagios-supremos/alessandrocaviglia/> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

Este es un posible efecto de la exclusión de textos oficiales –nótese que no sólo estamos hablando de las resoluciones judiciales y/o administrativas, sino también de discursos oficiales, exposiciones de motivos de normas, intervenciones en debates parlamentarios, etc. Si las autoridades reproducen fragmentos de obras sin citar las fuentes respectivas producen un efecto que “elimina” la protección de la obra plagiada ante terceros. En este sentido, la propuesta al incorporar un régimen de Derecho de autor producirá la ya mencionada interiorización de externalidades, entre las cuales una negativa es la plena responsabilidad del autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales en caso de plagio de cualquier tipo de obra.

Ahora bien, existe otro problema: ¿cómo evitar que el aprovechamiento de la libre reproducción y comunicación pública de estos textos oficiales –incluso con infracciones– por parte de terceros de buena fe no siga perjudicando a los autores de obras plagiadas? Si bien el régimen propuesto genera la identificación del autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales que cometió la infracción, esto no sería suficiente para frenar el efecto viral que genera el principio de publicidad. Pensemos en nuestro ejemplo: el alumno del reconocido profesor no puede ser acusado de plagio ante las autoridades porque basará su defensa en la buena fe que tuvo al confiar en el contenido de un texto oficial de libre reproducción (resolución judicial), que extrajo de una fuente oficial (p. ej., el diario oficial o el portal oficial del Poder Judicial) que le proveyó el Estado haciendo uso del principio de publicidad. Así como él, habrá muchos que tendrán acceso y podrán incluso descargar la resolución judicial y/o administrativa con la infracción.

Si bien cuando un juez y/o magistrado miembro de los tribunales cometa plagio

en una de sus resoluciones judiciales y/o administrativas el derecho de paternidad hará que sea responsable respecto de dicha propiedad intelectual, su elaboración y los posibles efectos negativos –como una investigación y potencial sanción por plagio– que pueda generar, esto no bastará para que se frene la dispersión del texto oficial infractor, blindado por la limitación a los derechos de reproducción y comunicación pública. En este sentido, el autor plagiado deberá acudir a la autoridad encargada del régimen de Derecho de autor para solicitar una medida cautelar a fin de que la resolución judicial y/o administrativa sea eliminada del archivo y/o plataforma virtual, así como con el objeto de que se efectúe la correcta cita antes de volver a depositarla y publicarla; esto, sin perjuicio de la posible multa y publicación de la condena al juez y/o magistrado plagiario. De lo contrario, el tercero que reproduzca un fragmento de la resolución judicial y/o administrativa que contiene un plagio no podrá ser denunciado y/o demandado, a menos que se demuestre que no actuó de buena fe. Si bien este problema es general respecto a todo tipo de obras, cabía recalcarlo porque el principio de publicidad de los textos oficiales podría generar grandes daños para un autor cuya obra es plagiada en una resolución judicial y/o administrativa.

5.4. Mejorar la calidad sustancial y formal de las resoluciones judiciales y/o administrativas debido a los beneficios para el autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales

La obra literaria abarca muchos tipos de obra: desde la científica hasta la artística. Nosotros hemos recalcado en el presente trabajo la resolución judicial y/o administrativa como obra original protegida, siendo este un supuesto más de obra literaria. Ahora bien, después de haber planteado nuestra propuesta, cabe

preguntarse cómo mejorará el derecho de autor de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales la Justicia. Y este –creemos– es el efecto más importante que persigue nuestra hipótesis.

Bercovitz, refiriéndose a la obra literaria, precisa que “la originalidad radicarán básicamente en la estructura, en la composición y en la expresión lingüística, dependiendo de las características concurrentes en cada obra”⁵⁹³. En las resoluciones judiciales y/o administrativas, tal como hemos expuesto, existen dos partes: la estructura forzosa y la estructura creativa, ambas limitadas por las normas de cada ordenamiento jurídico. No obstante, donde reside la originalidad de estas obras y donde el autor juez y/o magistrado miembro de los tribunales tiene el espacio para la expresión de la famosa “impronta” de la personalidad es en la estructura creativa, específicamente donde están los fundamentos de hecho (*de facto*) y de derecho (*de iure*).

De esta forma, si bien la ley de cada país analizado en el presente trabajo indica ciertas reglas –como, p. ej., el deber de colocar en orden numérico correlativo los fundamentos, o que las citas jurisprudenciales y doctrinales se limiten a las estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación–, esto no obsta para que el autor juez y/o magistrado exprese de manera clara, ordenada y concisa las partes expositiva, considerativa y resolutive de las resoluciones judiciales y/o administrativas. Esto traerá consigo, creemos, una serie de consecuencias que, finalmente, mejorarán en cierta manera la Justicia de nuestros países mediante la mejora en la calidad de estos textos oficiales; es decir, si las resoluciones judiciales y/o administrativas mejoran su calidad:

– *Las partes* de los conflictos que son sometidos al Poder Judicial y/o a las entidades administrativas correspondientes verán sus casos resueltos de manera impecable en cuanto a orden, redacción y comprensibilidad. La parte que gana un proceso y/o un procedimiento verá satisfecha la provisión del servicio de impartición de Justicia; por otro lado, la parte vencida en un proceso o procedimiento podrá comprender –por la claridad de la resolución judicial y/o administrativa– que ha sido vencida y cumplir con lo resuelto, o, en caso de seguir convencida de que tiene la razón, apelar sin desmedro de la solución otorgada por el juez o funcionario de primera instancia, y hacerlo clara y precisamente sobre los puntos donde cree que existen errores de hecho o de derecho.

Quizás somos muy ambiciosos con esta pretensión, después de todo, la reacción de las partes frente al proceso siempre será complicada, pues están implicados intereses subjetivos –que pueden ser desde corporativos hasta algunos muy personales– y esto genera sesgos respecto de lo decidido; pese a ello, la mejora en la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas debería traer cada vez un poco más de esa confianza de la que hablamos al hacer referencia al personaje Cinque de la película *Amistad*. Es decir, ver a los jueces y/o magistrados como los “grandes jefes” a quienes confiamos La Justicia.

– *Los abogados*, cuyos clientes se encuentran en un proceso judicial y/o un procedimiento administrativo, también deberían tener –con mucha mayor razón– una reacción positiva frente a lo decidido por los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales. Ellos son profesionales que buscan lo mejor para sus clientes;

⁵⁹³ Bercovitz (coord.), ob. cit., p. 61.

sin embargo, su límite es la decisión que tomen las autoridades. Todo buen abogado sabe que la argumentación puede ser muy buena, pero aun así refutable, y que en el juego de convencimiento de la autoridad se puede perder y ganar. Para los abogados, tener mejores resoluciones judiciales y/o administrativas en cuanto a orden, redacción y comprensibilidad contribuye en tres puntos:

– Primero, la predictibilidad de los criterios que emplean los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales. Es decir, la posibilidad de entender claramente el porqué de las decisiones que se toman y que puedan servir de base para futuros casos similares; lo cual reduce los costos que implica el trabajo para un abogado al atender a un cliente, así como el riesgo asumido de cara al mismo;

– Segundo, la posibilidad de explicar al cliente que se ha cumplido con las obligaciones de medios –y no de resultado– a las que se comprometen para con ellos; es decir que el abogado ha puesto a disposición del cliente todo lo que estaba en su esfera de control y profesionalismo para defender su interés ante la autoridad, si bien, como resulta de la resolución judicial y/o administrativa, el juez y/o magistrado ha refutado sus planteamientos con razones claras, ordenadas y concisas. En esas condiciones, el cliente no debería tener objeciones para seguir con este profesional en futuros casos o en la propia apelación; y

– Tercero, la facilidad de encontrar cualquier error de iure o de facto que pueda apoyar una posible apelación del caso concreto. En efecto, como dijimos antes al hablar de las partes, tener una resolución judicial y/o administrativa resuelta de manera clara y ordenada llevará a los abogados a detectar los potenciales errores precisos con los cuales acudir a una segunda instancia.

Nuevamente, a pesar de la derrota en el proceso y/o procedimiento, no habrá nada que objetar a los jueces y/o magistrados de los tribunales si se observa, de sus resoluciones judiciales y/o administrativas, que la provisión del servicio de impartición de Justicia ha sido impecable. Esto hará que los abogados, como los operadores jurídicos que son, tengan y difundan una mejor imagen reputación al en general de los jueces y/o magistrados, obviamente cuando cumplan con mejorar la calidad de sus textos oficiales y del Poder Judicial y/o las entidades administrativas en que trabajen.

– Los propios *jueces y/o magistrados miembros de los tribunales* que resuelve los casos encontrarán un “mercado” de resoluciones judiciales y/o administrativas. Habrá un efecto de competencia, lo cual generará un incremento en la calidad. Salvo excepciones, los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales verán que sus pares comienzan a renovarse y mejorar la calidad de sus resoluciones judiciales y/o administrativas, lo que hará que no quieran quedarse atrás.

Como vimos, un pilar fundamental del sistema propuesto de Derecho de autor de jueces y/o magistrados es la posibilidad de editar colecciones sistemáticas *en exclusiva* de las resoluciones judiciales y/o administrativas de autoría de cada juez o magistrado. En este sentido, deberían comenzar a editarse y difundirse libros como, por citar ejemplos, *Instituciones del derecho civil en la jurisprudencia*, del magistrado Y –quien poco a poco tendrá una reputación ganada en torno a su nombre–, o *Manual de derecho penal en la jurisprudencia*, del juez x. De esta forma, los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales obtendrán un incentivo económico de la remuneración por la edición y venta de sus libros. El hecho de que uno de sus

pares comience a publicar obras con el uso de su trabajo diario llevará a que otros no quieran quedarse atrás y publiquen, por ejemplo, el *Tratado jurisprudencial de derecho constitucional* o la *Colección de sentencias sobre propiedad industrial*.

Además, debemos tener en cuenta que tanto las publicaciones como la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas *per se* en muchos casos son criterios de evaluación en la labor de los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales; basta con citar como ejemplo el artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia colombiana que dice textualmente que “la pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”; o el caso de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial peruana, que en su Capítulo ii, Sub-capítulo i establece las reglas de la evaluación de la calidad de las resoluciones, que se hará sobre la base de una muestra seleccionada por el juez y/o magistrado miembro de los tribunales y otras resoluciones escogidas por el órgano evaluador de manera aleatoria, siguiendo determinados criterios:

- La comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición;
- La coherencia lógica y la solidez de la argumentación utilizada para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza;
- La congruencia procesal, y
- El manejo de jurisprudencia pertinente al caso, en la medida de las posibilidades de acceso a la misma.

En este sentido, ¿dejará un juez y/o magistrado miembro de los tribunales que solo algunos de sus pares mejoren la

calidad de sus resoluciones judiciales y/o administrativas, mientras que observa que el parámetro de evaluación es elevado? Creemos que la respuesta es un rotundo “no” y que, de esta manera, se incrementará la calidad de estos textos oficiales.

– Los *estudiantes y profesores universitarios de derecho* encontrarán en las publicaciones de obras de colección que realicen los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, así como en menor medida en el archivo o la plataforma oficial propuesta, una gran fuente para la enseñanza y el estudio. Adicionalmente, esto ayudará significativamente a entrar en contacto con el mundo práctico del derecho; en efecto, los estudiantes tendrán una relación directa con la jurisprudencia y podrán generar una admiración por la carrera judicial al observar resoluciones ordenadas y de calidad. Lo cual se verá incrementado por la reputación que comportará la mejora en la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas, opinión que será transmitida por los profesores universitarios que tendrán una mayor fuente para investigar y ver cómo el derecho funciona en la práctica. También, los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, cuando ejerzan la docencia universitaria, contarán con material propio para adelantar sus lecciones, así como con ejemplos de cómo el derecho teórico “aterriza” en la realidad social. ¿Podría un juez y/o magistrado mostrar una resolución judicial y/o administrativa que tenga errores, no sea clara o esté mal estructurada a sus alumnos? Creemos que no lo haría, por miedo, precisamente a ver mellada la reputación que viene condensando su nombre en el mundo profesional y académico jurídico.

– La *ciudadanía en general*, que opina sobre el Poder Judicial y/o las entidades administrativas, verá poco a poco que la

opinión del sector profesional, académico y de la clientela cambia. La opinión positiva que traerá la comprensión de las resoluciones judiciales y/o administrativas hará que la “gente de a pie” se anime a leer las decisiones, cuyo contenido entenderá y comprenderá. Así, aspiraríamos a contar con ciudadanos que admiren la labor judicial y siempre tengan en consideración que no es tarea fácil resolver los conflictos entre sujetos con intereses contrapuestos.

En nuestra opinión, nuestros países (Perú, Colombia y España) están de cabeza, pues los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales deberían contarse entre los más respetados y cultos profesionales del mundo jurídico, el exacto contrario de la opinión que actualmente tiene la ciudadanía. Esta propuesta, al menos, comenzaría a cambiar dicha situación. Tenemos fe en ello.

Reflexión final

Hace ya muchos años se conformó extraordinariamente la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), una iniciativa que buscaba reformar diversos puntos del sector Justicia reuniendo y coordinando con representantes de todo el aparato de Justicia del Estado, así como con sectores profesionales, académicos y de la sociedad civil. En uno de sus informes se dijo:

La Ceriajus ha identificado algunas de las situaciones causantes no solo de la falta de jurisprudencia sino también de la carencia de una adecuada motivación de

las resoluciones de todas las instancias. Primero, la ausencia de conocimiento o capacitación de los diferentes actores u operadores del sistema de Justicia de lo que se denomina lógica o razonamiento jurídico, y que se refiere más exactamente al conocimiento y la capacidad de realizar argumentación jurídica. Segundo, la falta de un servicio de sistematización de todas las resoluciones finales emitidas por los diferentes órganos del Poder Judicial, razón por la cual los magistrados no conocen los criterios que utilizan otros magistrados en otros procesos similares, y, lo que es más grave, tampoco conocen cuál ha sido la línea interpretativa del propio órgano jurisdiccional que conforman. [...] *[N]o podemos dejar de mencionar que la mejora en la calidad de las resoluciones y la emisión de resoluciones con carácter de jurisprudencia vinculante requieren de un compromiso de los propios magistrados tanto en lo que se refiere a exigir la implementación de las condiciones necesarias para ello, cuanto en el reconocimiento de que la escasa calidad de sus decisiones puede ser superada solo por ellos mismos*³⁹⁴.

Es verdad, la clave de la reforma y la mejora en la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas está y recae en los propios jueces y/o magistrados miembros de los tribunales, quienes –al final y al cabo– son autores de las mismas. La pregunta es ¿Por qué no les damos un “empujón” a través de nuestra propuesta? Muchas veces, la creación de incentivos ha mejorado la situación de diversas cuestiones en nuestra

³⁹⁴ Ardito, Wilfredo; De La Jara, Ernesto; Esteban, Sara; Hernández, Wilson; La Rosa, Javier; Lovatón, David; Rivera, Carlos; Siles, Abraham y Soberón, Ricardo, *Plan de Reforma de la*

Administración de Justicia de la Ceriajus: el acuerdo por la Justicia que debemos respetar, Lima, Justicia Viva, idl, pucp y jjd, 2004, p. 66; resaltado propio.

sociedad³⁹⁵; consideramos que la propuesta del presente trabajo, busca – al menos, lo intenta– mejorar la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas, para lograr una mejor provisión del servicio de Justicia que prestan por mandato constitucional y/o legal nuestras autoridades.

No es necesario crear un complicado sistema de Derecho de autor basado en la titularidad central del Gobierno y en un sistema de licencias a todas las entidades públicas, tal como se mantiene en el Reino Unido. Creemos que el modelo colombiano, adaptado y mejorado –ya que actualmente no se diferencia de la exclusión del régimen, en términos prácticos–, tal como hemos expuesto en el presente esquema, podría servir para mucho más que resguardar los principios de invariabilidad y publicidad. El régimen propuesto en el presente trabajo podrá, siendo optimistas, mejorar la calidad de las resoluciones judiciales y/o administrativas pues provee a los jueces y/o magistrados miembros de los tribunales incentivos para mejorarlas.

Como hemos mencionado, esta no es una solución mágica para la crisis del sector Justicia que se vive a nivel nacional en casi todos los países del mundo; sin embargo, sí es una propuesta arriesgada y quizás, incluso, vehemente, pero no neutral. No podemos contentarnos con plantear los puntos de crisis del sector Justicia, sino que debemos plantear propuestas concretas.

Creemos que estamos frente a una de estas. Como nos recuerda la frase –un tanto extrema– de Dan Brown en su última novela *Inferno*: “*i luoghi piú caldi dell’inferno sono riservati a coloro che in tempi di grandi crisi morale si mantengono neutrali*”; en opinión que compartimos –obviando la mención bíblica al Infierno de la *Divina Comedia* de Dante–, creemos firmemente que es incorrecto que, como abogados operadores del sector Justicia, nos mantengamos neutrales ante una crisis del mismo.

Bibliografía

Ángeles, Luis, “Institutions, Property Rights, and economic development in historical perspective”, *Kyklos*, vol. 64, n.º 2, Zürich, John Wiley & Sons, 2011, pp. 157-177.

Antequera, Ricardo y Ferreyros, Marisol, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, Lima, PeruReporting, 1996.

Antequera, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007.

Antequera, Ricardo, “La necesaria actualización de la normativa andina sobre Derecho de autor y derechos conexos”, en AA.VV. *Los retos actuales de la propiedad intelectual: visión latinoamericana*, Lima, Themis y Hernández & Cía., 2013, pp. 7-26.

Ardito, Wilfredo; De la Jara, Ernesto; Esteban, Sara; Hernández, Wilson; La Rosa, Javier; Lovatón, David; Rivera, Carlos; Siles, Abraham y Soberón, Ricardo, *Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la Ceriajus: el acuerdo por la Justicia que debemos respetar*, Lima, Justicia Viva, IDL, PUCP y JJD, 2004.

³⁹⁵ Ver Thaler, Richard y Sunstein, Cass. Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad. México D.F.: Taurus, 2009. En esta obra se señala cómo la economía conductual puede ayudar a determinar el resultado de grandes cambios sociales; por ejemplo, cómo es distinto preguntar: ‘¿Quieres ser donador de órganos?’, y preguntar: ‘¿No quieres ser donador de órganos?’. Ese simple cambio puede hacer que la tasa de donadores de órganos aumente

radicalmente en determinado país. En este sentido, volviendo a nuestro tema de investigación, ¿qué produciría el decirle a un juez y/o magistrado miembro: ‘Tiene derechos de autor’, en lugar de: ‘Sus textos oficiales están fuera del régimen de Derecho de autor’? Probablemente, como mínimo, que dicho juez y/o magistrado se pregunte: ‘¿En qué me beneficia esto?’, y logre sacar provecho de este cambio; lo cual, según hemos postulado, traerá mejor calidad de las decisiones y, por tanto, mejor calidad de Justicia.

- Auteri, Paolo, "Diritto di autore", en AA.VV. *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 5.ª ed., Turín, Giappichelli, 2016.
- Ayllon, Héctor, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Madrid, REUS, 2014.
- Bercovitz, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Bercovitz, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Madrid, Tecnos, 2013.
- Besley, Timothy y Ghatak, Maitreesh, *Property Rights and economic development*, Handbook of Development Economics, vol. 5, Londres, London School of Economics and Political Science, 2009, pp. 1-83.
- Besley, Timothy, "Property Rights and investment incentives: Theory and evidence from Ghana", *The Journal of Political Economy*, vol. 103, n.º 5, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 903-937.
- Björn, Frank, "On an Art without Copyright", *Kyklos*, vol. 49, n.º 1, Zürich, John Wiley & Sons, 1996, pp. 3-15.
- Bouchoux, Deborah, *The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*, 4.ª ed., Delmare, Cengage Learning, 2013.
- Bullard, Alfredo, *Derecho y economía*, 2.ª ed., Lima, Palestra, 2010. Bullard, Alfredo, "La propiedad inconclusa", *Ius et Veritas*, vol. 14, n.º 29, Lima, 2004, pp. 100-108.
- Bullard, Alfredo, "Reinvindicando a los piratas: ¿es la propiedad intelectual un robo?", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, n.º 1, Lima, Palestra, 2004, pp. 307-337.
- Calabresi, Guido, *Un vistazo a la catedral*, Lima, Palestra, 2011.
- Cámara, María del Pilar, *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*. Granada: Comares, 1998.
- Cardoso, Juan, "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", en Rogel, Carlos (coord.), *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*, Madrid, REUS-AISGE, 2004.
- Chijane, Diego, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, REUS y B de F, 2007.
- De Soto, Hernando, *El otro sendero*, 7.ª ed., Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1987.
- Demsetz, Harold, "Hacia una Teoría general de los derechos de propiedad", *Revista de Economía ices* (Información Comercial Española), n.º 557, Madrid, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad – Secretaría de Estado de Comercio, 1980, pp. 59-66.
- Epstein, Richard, *Reglas simples para un mundo complejo*, Lima, PUCP, 2006.
- Fernández-Novoa, Carlos, "Las obras oficiales", en Rogel, Carlos (coord.), *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*, Madrid, REUS y AISGE, 2004.
- Fernández-Novoa, Carlos, *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Field, Erica, "Property rights and investment in urban slums", *Journal of the European Economic Association*, vol. 3, n.º 2-3, Bruselas, European Economic Association, 2005, pp. 279-290.
- Lefevre, Robert, *La filosofía de la propiedad*, trad. Juan González, Madrid, Unión Editorial, 2013.
- Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco, Zavalia y Cerlalc, 1993.
- Maraví, Alfredo, "Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de autor", *Cuaderno de Trabajo*, Lima, CICAJ-PUCP, 2010, 16; disponible en: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/05/ct16_breves_apuntes.pdf [Consulta: 17 de febrero de 2017].
- Marciani, Betzabé, *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima, Palestra, 2004.
- Mariscal, Patricia, *Derecho de transformación y obra derivada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Méndez, Fernando, *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- Mendoza, Raúl, "La predictibilidad de los jueces y de la Justicia. Reflexiones en torno al proyecto 'Auditoría Social al Sistema de Justicia'", en *Auditoría Social a los Sistemas de Justicia*, Lima, Auditoría Social a los

Sistemas de Justicia, 2013; disponible en: <http://www.auditoriajudicialandina.org/?p=105> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

Morachimo, Miguel, "Interviniendo la Ley Peruana de Derechos de Autor", *Revista Jurídica Thomson Reuters*, n.º 63, Lima, Thomson Reuters, 2014, pp. 9-16.

Moscoso, Martín; Iriarte, Erick y Medina, Rudy, *Guía de Derecho de autor para dramaturgos*, Lima, INDECOPI-USAID, 2013.

Moser, David y Slay, Cheryl, *Music Copyright Law*, Boston, Cengage Learning, 2012.

Murillo, Javier, "¿Atraparé el coyote al correcominos?". *Portal Enfoque Derecho*, Lima, Themis, 2013; disponible en: <http://enfoquederecho.com/mercantil/%C2%B4Fatrappara-el-coyote-al-correcominos/> [Consulta: 17 de febrero de 2017].

Murillo, Javier, *Esbozos sobre el Derecho de la propiedad intelectual en el cine* (en proceso editorial 2017-2018).

Murillo, Javier, *La protección jurídica de las expresiones del folklore*, Lima, Ara, 2015.

North, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, trad. Agustín Bárcena, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993.

Palau, Felipe y Palao, Guillermo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Posner, Richard y Landes, William, *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, trad. Víctor Manuel Sánchez Álvarez, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2006.

Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, 2.ª ed., trad. Eduardo Suárez, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2008.

Raffo, Julio, *El Derecho autoral*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.

Rodríguez, José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007.

Rodríguez, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Ruipérez, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Madrid, Reus y AISGE, 2012.

Serrano, Eduardo, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, Civitas, 2000.

Shavell, Steven, *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho*, trad. Yanna Franco, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

Thaler, Richard y Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*, México D.F., Taurus, 2009.

Ubertazzi, Luigi, *I diritti d'autore e connessi*, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, 2003.

Vibes, Francisco, *Derechos de propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

Nota redacției: Articolul a fost publicat inițial în *La Propiedad Inmaterial, Universidad Externado de Colombia (Nº 23 - enero - junio de 2017 - pp. 69 - 129)*, Revista Forumul Judecătorilor privind permisiunea autorului în vederea republicării exclusive a studiului în România. Disponibil la pagina web <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4978>.

Note: Reprinted with authorization of the author. First published in the Journal "La Propiedad Inmaterial" of Universidad Externado de Colombia (Nº 23 - enero - junio de 2017 - pp. 69 - 129). Available at: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4978>.