

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos entregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de existencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sección se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la perspectiva de los cambios culturales*".

Se incluye también una sección *In memoriam*, dedicada al filósofo español del derecho, Albert Calsamiglia, muerto en 2000, quien tuvo estrechos lazos con nuestro país.

Cierra el presente volumen la sección *Recensiones*, en la que se comentan algunas obras de interés en el campo de la teoría y filosofía del derecho.

Este y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

E S T U D I O S

LAS TRES PUERTAS DE SARAMAGO
(Una reflexión sobre el Derecho de Autor) *

AGUSTIN SQUELLA **

1.

Gracias, ante todo, por invitarme a participar en este panel junto a personalidades que me superan muy largamente en méritos y en trayectoria.

Cuando un académico trabaja para el gobierno —como es en este momento mi caso— suele escuchársele decir que él viene del mundo académico. En mi caso, no vengo del mundo académico, sino que soy del mundo académico. Pertenezco al mundo académico. Allí me formé y allí he realizado todo mi trabajo.

Un trabajo académico localizado en una extraña disciplina —la Filosofía del Derecho—, y digo extraña porque cualquiera de ustedes podría preguntarse con toda razón si acaso es posible hacer filosofía

* Intervención del autor en el 42° Congreso Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. Panel sobre "Las responsabilidades de los poderes públicos en el ámbito de los derechos intelectuales y la cultura en un mundo global", con participación de José Saramago, Felipe González y Jean-Loup Tournier.

** Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Asesor Presidencial de Cultura.

—una actividad tan alta— sobre un objeto o fenómeno tan precario e imperfecto como es el derecho, un fenómeno —a la vez— que tiene que ver con el uso de la fuerza por parte del Estado.

Pero cualquiera sean las vicisitudes del derecho o las de la Filosofía del Derecho, lo cierto es que al ocuparme de ésta he tenido oportunidad de leer, de pensar y escribir acerca de algunos temas que me parecen relevantes, por ejemplo, sobre la democracia como forma de gobierno y sobre los derechos humanos.

Pero, ¿qué es la democracia y por qué todos —o casi todos— decimos preferirla como forma de gobierno de la sociedad? ¿Qué son realmente los derechos humanos y por qué todos los invocamos como si se tratara de un código moral mínimo —o acaso máximo— que ha conseguido imponerse universalmente?

Ese tipo de preguntas hace y procura responder la Filosofía del Derecho.

Pues bien: es en el marco de la teoría y de la historia de los derechos humanos que yo deseo referirme ahora a los derechos de autor y al papel que cabe al Estado en la protección de esos mismos derechos.

Porque lo que llamamos “derecho de autor” es un derecho fundamental ligado tanto a la personalidad moral de los autores como al trabajo que ellos realizan. Un autor, cualquier persona en verdad, tiene derecho a producir y a difundir libremente los objetos culturales que produce, y, a la vez, tiene derecho a beneficiarse tanto moral como materialmente de los objetos que produce.

Muchas veces se pone el acento en el segundo de tales derechos, en el derecho del autor a beneficiarse moral y materialmente de las obras que produce, quizás porque el primero de ellos nos parece demasiado evidente en el tipo de sociedades democráticas y abiertas en que vivimos hoy una buena parte de los habitantes del planeta. En efecto, ¿quién osaría poner hoy en duda el derecho de toda persona a producir y difundir libremente objetos culturales? ¿Qué Estado se atrevería a coartar esa libertad?

Sin embargo, y perdónenme ustedes por el atrevimiento de lo que voy a afirmar, hoy no parece ser el Estado la amenaza más importante a la libertad de creadores y artistas, sino el mercado. El mercado con su incitación compulsiva a que artistas y creadores produzcan más

de lo que pueden, o más de lo que quieren. El mercado encarnado en editores que ponen a los escritores a escribir por lo menos una novela por año, que además debe estar en librerías algunas semanas antes de cada Navidad. El mercado encarnado en galeristas que contratan la muestra de la nueva producción de un pintor y en donde las salas y dimensiones de la galería determina el número de obras a ser exhibidas, y, por tauto, el ritmo y calidad del trabajo del artista.

En la demanda incesante de productos artísticos no por el público, sino por quienes intermedian entre el público y los autores, hay, según creo, una amenaza para los autores, una amenaza —en todo caso— dulcificada por la promesa del reconocimiento, la popularidad y el dinero.

Si el Estado es siempre una amenaza para la libertad de los autores en cuanto puede limitarla, el mercado representa una amenaza distinta, porque lo que el mercado puede hacer es desbocar la libertad de los autores. Yo, claro está, prefiero la segunda de las amenazas, la del mercado, no la del Estado, aunque creo que es oportuno llamar la atención acerca de esa más indirecta y subrepticia amenaza que el mercado representa para los creadores, en cuanto los pone a trabajar frenéticamente al ritmo de una demanda en buena parte inducida por intermediarios que se benefician materialmente de la producción de los artistas.

Pero decíamos que íbamos a hablar del derecho de autor en el marco de la teoría y de la historia de los derechos humanos.

2.

Vivimos el tiempo de los derechos, un momento en la historia de la humanidad marcado favorablemente por el auge y la continuidad de declaraciones de derechos, esos textos que comienzan a redactarse y a difundirse en Inglaterra, en la Europa continental y en Norteamérica, a fines del siglo XVII y durante todo el siglo XVIII, y que dieron paso luego a declaraciones internacionales que superaron el ámbito restringido de los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta contar hoy con lo que podemos considerar un auténtico derecho internacional de los derechos fundamentales de las personas.

Los derechos fundamentales no sólo se han positivado, esto es, incorporado al orden jurídico de los Estados y al orden jurídico internacional, dejando de ese modo de ser meras aspiraciones basadas en consideraciones morales vinculadas a la idea de dignidad de la persona humana. Los derechos fundamentales también se han generalizado, o sea, han pasado a ser reconocidos como prerrogativas de toda persona sin distinción y no de estamentos determinados de la organización social, como aconteció con ellos en un principio.

Pero los derechos humanos también se han expandido, lo cual quiere decir que tenemos hoy más derechos de ese tipo de los que fueron inicialmente reconocidos, puesto que nuevas generaciones de derechos se han incorporado gradualmente al catálogo de los derechos fundamentales.

En un primer momento —el de los derechos de primera generación— se trató nada más que de prerrogativas encaminadas a limitar el poder. En un segundo momento —el de los derechos de segunda generación— se fue más lejos y se procuró no sólo limitar al poder, sino participar en la generación y en el ejercicio de éste.

Y en un siguiente momento —el de los derechos de tercera generación—, se comprometió a la sociedad y al Estado con la directa satisfacción de las necesidades más básicas que las personas reconocen en el orden económico, social y cultural.

Como ese proceso de expansión de los derechos no está concluido, cabe preguntarse qué nuevos derechos tendremos en el futuro, o sea, qué nuevas generaciones de derechos se agregarán, o se están agregando ya, en este mismo momento, a las tres generaciones antes mencionadas.

Sin embargo, a mí me parece que tendríamos que estar tan preocupados de avizorar esos nuevos derechos como de hacer realidad los que ya han sido reconocidos como tales. Todavía más: no tiene mucho sentido empeñarse en la tarea de incrementar el catálogo de los derechos de las personas con nuevos derechos si no somos capaces de que los actuales derechos se hagan una realidad efectiva para todas las personas.

Digo eso porque cualquiera que revise las actuales declaraciones de derechos, tanto a nivel de las constituciones internas de los Esta-

dos como en el de los textos y declaraciones internacionales, tiene la impresión de que no pocos de ellos son por ahora sólo derechos en el papel.

Si los derechos humanos son nuevos, en tanto que bajo esa denominación se los reconoce y consagra recién en el tránsito del medioevo a la modernidad, es decir, hace apenas tres o cuatro siglos, aquella generación de derechos humanos que denominamos “derechos económicos sociales y culturales” es aún más nueva, puesto que —visto el proceso de expansión de los derechos humanos cronológicamente— se trata, como veíamos antes, de la tercera generación de derechos del hombre, o sea, de una categoría de derechos fundamentales que surge y se desarrolla después de que lo han hecho previamente otras dos generaciones de derechos, a saber, la de los derechos personales y la de los derechos políticos.

Por su parte, esta tercera generación de derechos es híbrida, porque acoge tres tipos de derechos, como su propia denominación lo indica —derechos económicos, sociales y culturales—, dentro de los cuales, los derechos culturales, vale decir, aquellos a los que pertenece el llamado “derecho de autor”, son otra vez los más nuevos.

Fijense entonces ustedes: los derechos humanos son tanto un concepto como una realidad jurídica y moral nueva; dentro de las distintas generaciones de derechos humanos que han ido gestándose a lo largo de los últimos siglos, la de los derechos económicos, sociales y culturales es la más nueva, la más reciente, y también, la más problemática; y dentro de esa tercera generación de derechos, los derechos culturales son a su vez los de consagración y desarrollo más reciente.

¿Cuáles son, básicamente, esos derechos culturales, como algo distinto de los derechos sociales, a los que pertenece, por ejemplo, el derecho a la educación, un derecho ciertamente no igual, pero íntimamente vinculado a los que llamamos derechos culturales?

Se trata de los derechos de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y del patrimonio cultural, a participar de los progresos científicos y de sus aplicaciones y del derecho —en el caso ahora de los autores, no de las personas en general ni del público— a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan a alguien por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas.

O sea, en el caso de los autores, libertad para investigar y crear y el derecho a los beneficios morales y materiales que puedan significarles los resultados de hacer uso de esa libertad.

En el marco de ideas previamente esbozado, no cabe duda que es a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular a los de tipo social y cultural, a los que falta un mayor grado de desarrollo y concreción efectiva.

Quizás porque cuestan dinero, como ha sido dicho tan lúcida como crudamente. Quizás porque, asentados en valores como la igualdad y la solidaridad, nadan hoy contra la corriente en sociedades donde ideales como esos han sufrido una evidente desvalorización. Igualdad es una palabra hoy sustituida por el término muchísimo más laxo y blando de equidad, y solidaridad ha pasado a ser una expresión más bien piadosa que un valor fundamental con cuya realización estén efectivamente comprometidos los poderes públicos y la sociedad en su conjunto.

La responsabilidad de los poderes públicos ante los derechos intelectuales es, como ante toda clase de derechos, consagrarlos, garantizarlos y disponer de instituciones idóneas que sean capaces de dirimir con sentido de justicia, pero también con eficacia, las controversias a que el ejercicio de tales derechos pueda dar lugar, disponiendo para ello de un estatuto jurídico que, tanto en lo que concierne a sus normas como a sus instituciones, esté debidamente acorde no sólo con la índole de los derechos en juego, sino con los avances tecnológicos que tanto pueden ser fuente de apoyo como de vulneración de esos mismos derechos.

Si uno quisiera decirlo con la célebre expresión de Dworkin, lo que el Estado debe hacer con los derechos culturales es tomárselos en serio.

Pero no sólo el Estado, también las personas —en este caso los autores—, las organizaciones que ellos forman y la sociedad civil en su conjunto.

Como ha acontecido siempre con los derechos fundamentales, es preciso organizarse y luchar por ellos. El más importante de los antecedentes de las modernas declaraciones de derechos —la Carta Magna inglesa de comienzos del siglo XIII— no fue dada por el entonces

Rey Juan Sin Tierra. Le fue arrebatada a éste luego de que la nobleza, unida con el clero y los comerciantes, consiguiera parar frente al castillo del monarca un ejército de 1.000 hombres a caballo.

Claro, no se trata de llamar hoy a ustedes a que formen un ejército, pero sí de advertir que los derechos fundamentales, incluido el derecho de autor, no siempre fueron evidentes para quienes ejercían el poder, y que esa lucha por el derecho de que habló el jurista alemán Rudolf von Ihering a mediados del siglo XIX es una tarea que se impone tanto al individuo como a la sociedad.

Como dice Ihering, “el nacimiento del derecho, como el del hombre, es siempre un doloroso y difícil alumbramiento”, porque todas las grandes conquistas que registra la historia del derecho, tales como la abolición de la esclavitud, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria e incluso la libertad de conciencia “no han sido alcanzadas, sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia ha durado varios siglos”.

3.

Dado que en las intervenciones precedentes de Felipe González y de José Saramago ha habido reiteradas alusiones al así llamado proceso de globalización, quisiera no dejar pasar la oportunidad de decir algo al respecto.

No sabemos bien en qué consiste la globalización, porque se trata de un proceso reciente y porque se trata también de un proceso que estamos a la vez haciendo y presenciando. Haciendo —digo— de una manera probablemente no muy consciente acerca de hacia dónde lo queremos llevar, y presenciando —agrego— porque la mayor parte de las personas observa este fenómeno con una rara mezcla de fascinación y temor.

Decir que la globalización es tanto una oportunidad como una amenaza es decir algo en mi parecer trivial. Cierto, pero trivial. Y ello porque todo lo que el hombre hace es siempre riesgoso y tiene esa doble posibilidad de ser beneficioso o dañino. O acaso beneficioso y dañino a la vez.

En todo caso, puestas las cosas de ese modo, tengo que confesar que yo veo en la globalización antes una posibilidad que una amenaza, de donde se sigue que lo mejor parece ser no tomar una posición de atrincheramiento defensivo frente a ella, enarbolando la bandera de la identidad nacional, sino ser capaces de aumentar la densidad o espesor de nuestra propia cultura, aunque no para oponerla a una eventual cultura global, sino para ser auténticos interlocutores culturales en un mundo que se globaliza y no meros receptores pasivos de una cultura que tenga alguna pretensión de hegemonía sobre las restantes.

¿Y quienes sino los autores —me pregunto— son los primeros llamados y también los primeros responsables a la hora de que cada país aumente eso que acabamos de llamar densidad o espesor cultural?

Por lo demás, lo que llamamos “identidad nacional” no es algo así como una marca o señal identificatoria que acompañe a cada país para siempre. Lo que sociedades abiertas tienen no es identidad, sino flujos identitarios diversos. Y de lo que se trata en un tipo semejante de sociedades no es imponer uno determinado de esos flujos en perjuicio de los restantes, sino ser capaces de aceptarlos a todos y de convivir con todos en medio de un auténtico pluralismo y tolerancia.

Pues bien: si no sabemos aún todo lo que deberíamos saber acerca de la globalización, yo diría, ante todo, que se trata de un proceso distinto de la mundialización y de la internacionalización, aunque es frecuente que esos tres términos se empleen indistintamente, como si fueran sinónimos.

No voy a trazar aquí las especificidades que yo veo en cada uno de esos procesos y la diferencia que es posible advertir entre ellos. Para estos efectos, me remito al artículo “Una idea de la globalización”, publicado por mí en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 15, de 1997, en la ciudad de Valparaíso.

Por lo mismo, lo único que deseo agregar es que si hablamos de globalización es porque algo se nos está haciendo global, o sea, algo pasa ahora a concernir al conjunto del planeta y no a las partes que cada cual habita.

¿Y qué es lo que se globaliza y hacia dónde nos conduce ello?

Siguiendo en esto algunos ejemplos del filósofo brasileño Octavio Ianni, si lo que se globaliza es la producción, entonces tendríamos en

breve, al final del proceso, una “fábrica global”; si lo que se globaliza es el comercio, llegaríamos a tener un “shopping center global”; si lo que se globaliza es un determinado sistema económico, llegaríamos a tener entonces un “capitalismo global”; si lo que se globaliza es apenas la moneda, conseguiríamos un “dinero global”; si lo que se globaliza es la entretención, conseguiríamos una “disneylandia global”; si lo que se globaliza es el deporte, como por momentos nos parece a todos al mirar televisión, entonces no tendríamos otra cosa que “fútbol global”; si lo que se globaliza es el caos, produciríamos una “Babel global”; si es la educación lo que se globaliza, podríamos llegar a tener algo así como una “aula global”; en fin, si lo que se globaliza, más ampliamente que todo eso, son “los modos de ser, sentir, actuar, percibir y pensar de la humanidad”, entonces estaríamos a las puertas de lo que fue pronosticado hace dos décadas: la “aldea global”.

A mi entender, creo que bastaría con que lo que se globalice sean los derechos humanos, y entre ellos, el derecho de autor, de modo que la soberanía nacional no pueda ya ser un escudo tras el cual un Estado se parapete para tratar de impedir cualquier examen internacional de su situación interna en materia de derechos humanos.

4.

Hay un breve, sugerente y hermoso relato de Saramago —se llama “El cuento de la isla desconocida”— que puede ser leído no sólo como la necesaria búsqueda de sí mismo que debe llevar a cabo cada individuo a partir del hecho de que cada uno de nosotros es una auténtica “isla desconocida”, sino también como una alegoría del poder.

Ese relato nos habla de un rey cuyo palacio tenía tres puertas, la puerta de los obsequios, la puerta de las peticiones y la puerta de las decisiones.

La puerta de los obsequios —entendiéndose de los obsequios destinados al propio rey— era de las tres aquella en que el monarca pasaba la mayor parte de su tiempo, haciéndose a la vez el desatendido cada vez que oía que alguien llamaba a la puerta de las peticiones.

Además, los obsequios que entraban por la puerta correspondiente llegaban directamente a las manos del rey, mientras que las peti-

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S