



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN:
UN ESTUDIO DE DERECHOS DE AUTOR
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

EDUARDO V. DE LA PARRA TRUJILLO

TUTOR PRINCIPAL: MIGUEL CARBONELL



Ciudad Universitaria, 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN:
UN ESTUDIO DE DERECHOS DE AUTOR
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Tesis que para obtener el grado de

DOCTOR EN DERECHO

presenta

EDUARDO V. DE LA PARRA TRUJILLO

TUTOR PRINCIPAL: MIGUEL CARBONELL

Ciudad Universitaria, 2010.

DEDICATORIAS:

*A Andrea, porque todo comienza contigo.
Por tu amor, paciencia, apoyo, talento
solidaridad, inteligencia, belleza y simpatía.*

*A mis papás, porque sin ellos no hubiera llegado aquí.
Sin sus valores y apoyo, no hubiera logrado nada.*

A Ricardo y Yolanda, mis segundos papás.

*A Nicolás Trujillo, porque siendo muy pequeñito me
diste una gran lección de vida. Te admiro.*

A mis hermanos, Ricardo y Claudia, por los años juntos y por los que vienen.

A Gilberto Gazcón de Anda, por la confianza y los sabios consejos.

*A Guillermo, Fernando, Gustavo, Luis y Juan Pedro.
Gracias por hacerme participe de nuestro apasionante proyecto de vida.*

A mis tíos y primos.

A Joaquín, Leonor, Javier, Indira y Nicolás, también mi familia.

*A mi madre alimentadora, la UNAM.
A su Facultad de Derecho y a su Instituto de Investigaciones Jurídicas, mis hogares.*

A Luz María Gazcón de Anda, donde quiera que estés, todavía te extraño.

A Andrea, otra vez, porque todo también finaliza contigo.

In Memoriam, Valentín Trujillo Gazcón.

“Food is interesting. For instance, why do we need to eat? Why are we never satisfied with just the right amount of food to maintain good health and proper energy? We always seem to want more and more. When eating too much, the proper balance is disturbed and ill health follows. Of course, eating too little food throws the balance off in the opposite direction and there is the ill health coming at us again. Balance is the key. Balance is the key to many things. Do we understand balance? The word balance has seven letters. Seven is difficult to balance, but not impossible if we are able to divide. There are, of course, the pros and cons of division”.

- Monólogo introductorio del personaje “Log Lady” para el episodio 8 de *Twin Peaks* (segunda temporada), escrito por David Lynch e interpretado por Catherine E. Coulson.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XI
PRESENTACIÓN.....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	XVI

CAPÍTULO PRIMERO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- El neoconstitucionalismo.....	1
2.- Definiciones de “derechos fundamentales”.....	8
2.1.- Terminología.....	8
2.2.- Definición de Luigi Ferrajoli.....	12
2.3.- Definición de Robert Alexy.....	21
3.- Las normas de derecho fundamental como principios.....	33
3.1.- Distinción entre principios y reglas.....	33
3.2.- La importancia de los principios en la teoría de los derechos fundamentales.....	40
3.3.- Fuentes de los derechos fundamentales.....	40
4.- Tipos de derechos fundamentales.....	44
5.- El principio de proporcionalidad.....	48
5.1.- La máxima observancia de los derechos fundamentales como mandato de optimización.....	51
5.2.- Los subprincipios de la proporcionalidad.....	54
5.2.1.- Idoneidad.....	55
5.2.2.- Necesidad.....	57
5.2.3.- Proporcionalidad <i>stricto sensu</i> o ponderación.....	58
5.3.- La ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	60
5.3.1.- La ley de colisión.....	63
5.3.2.- La estructura de la ponderación.....	64
5.3.3.- Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscritas.....	72
5.4.- El principio de proporcionalidad en México.....	72
6.- Restricciones a los derechos fundamentales.....	79
6.1.- Teorías interna y externa de las restricciones.....	80
6.2.- Conceptuación de las restricciones a los derechos fundamentales.....	82
6.3.- Restricción y configuración.....	86
6.4.- La garantía del contenido esencial y la reserva de ley como condiciones a la restricción.....	88
7.- El análisis constitucional de la propiedad intelectual.....	93

CAPÍTULO SEGUNDO LOS DERECHOS DE AUTOR

1.- Nota histórica sobre los derechos de autor.....	99
1.1.- Antecedentes.....	99
1.2.- La era de los privilegios.....	104
1.3.- El derecho de autor moderno.....	109
2.- Sistema continental y sistema del <i>copyright</i>	124
3.- Objeto de los derechos de autor.....	130
3.1.- Noción de obra.....	130
3.2.- Tipos de obras.....	132
3.3.- Requisitos de protección.....	133
3.3.1.- Originalidad.....	133
3.3.2.- Fijación.....	137
3.4.- Criterios irrelevantes para conceder protección.....	139
3.4.1.- El registro.....	139
3.4.2.- El mérito.....	141
3.4.3.- El destino.....	142
3.4.4.- La forma de expresión.....	144
3.4.5.- La no conclusión de la obra.....	144
3.4.5.- La ilicitud del contenido de la obra.....	144
3.5.- La dicotomía “expresión/contenido”: la no protección de las ideas.....	145
4.- Sujeto de los derechos de autor.....	154
5.- Contenido de los derechos de autor.....	157
5.1.- Derecho moral.....	162
5.1.1.- Facultades del derecho moral.....	164
5.1.1.1.- Facultad de divulgación.....	165
5.1.1.2.- Facultad de paternidad.....	168
5.1.1.3.- Facultad de integridad.....	170
5.1.1.4.- Facultad de retracto, arrepentimiento o retirada del comercio o circulación.....	173
5.1.1.5.- Otras facultades.....	175
5.2.- Derecho de explotación.....	176
5.2.1.- Alcance: <i>ius prohibendi</i>	178
5.2.2.- Facultades del derecho de explotación.....	180
5.2.2.1.- Facultad de reproducción.....	182
5.2.2.2.- Facultad de distribución.....	183
5.2.2.3.- Facultad de comunicación pública.....	188
5.2.2.4.- Facultad de transformación.....	191
5.2.3.- Duración.....	195
5.2.4.- Dominio Público.....	196
5.2.5.- Régimen contractual.....	197
5.3.- Derechos de simple remuneración.....	203
5.3.1.- Caracteres.....	204
5.3.2.- Derechos reconocidos en la legislación mexicana.....	206
5.3.2.1.- Derecho de regalías por comunicación pública.....	206
5.3.2.2.- <i>Droit de suite</i>	208
5.3.3.- Derechos no reconocidos por la legislación mexicana.....	209
5.3.4.- Tipos de derechos de remuneración.....	211

CAPÍTULO TERCERO
¿LOS DERECHOS DE AUTOR SON DERECHOS
FUNDAMENTALES?

1.- Referencia al debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor.....	215
1.1.- Teoría del derecho de propiedad.....	215
1.2.- Teoría de la propiedad especial.....	220
1.3.- Teoría del derecho real diverso de la propiedad.....	221
1.4.- Teoría del derecho de la personalidad.....	221
1.5.- Teoría del derecho social.....	222
1.6.- Teoría de los bienes inmateriales.....	223
1.7.- Teoría de los derechos intelectuales.....	223
1.8.- Opinión personal: pluralidad de enfoques y de derechos.....	224
2.- La protección a los autores en los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	224
2.1.- La DUDH y la Declaración de Bogotá como primeros antecedentes...	225
2.2.- El PIDESC.....	229
2.3.- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).....	232
2.4.- Sobre su posible carácter de normas <i>ius cogens</i>	233
3.- La protección a los autores en los textos constitucionales. Comparación jurídica.....	239
4.- Tendencia doctrinal de reconocerle el carácter de derechos fundamentales a los derechos de autor.....	248
5.- La postura oficial de los organismos internacionales competentes.....	256
5.1.- La resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU.....	256
5.2.- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.....	258
5.3.- El reporte del Secretario General de la ONU.....	260
5.4.- La resolución 2001/21 Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU.....	260
5.5.- Declaración de 2001 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.....	261
5.6.- La observación general número 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 2005.....	263
5.6.1.- Distinción entre derechos fundamentales y propiedad intelectual.....	264
5.6.2.- Finalidad y relación con otros derechos fundamentales.....	269
5.6.3.- Contenido del derecho en estudio.....	270
5.6.4.- Restricciones al derecho.....	275
5.6.5.- Condiciones de aplicación del a. 15.1.c del PIDESC.....	276
5.6.6.- Obligaciones de los estados parte.....	277
5.6.7.- Obligaciones básicas.....	279
6.- Opinión personal.....	281
6.1.- El derecho a la protección jurídico-autoral como derecho fundamental.	282
6.2.- Distinción entre los derechos de autor y el derecho a la protección jurídico-autoral.....	288

6.3.- Relaciones entre los derechos de autor y el derecho a la protección jurídico-autoral.....	293
---	-----

CAPÍTULO CUARTO
LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y SU
RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- La necesidad de limitar los derechos de explotación.....	304
1.1.- Protección de derechos fundamentales.....	307
1.2.- Prácticas industriales y regulación de la competencia.....	308
1.3.- Difusión del conocimiento.....	308
1.4.- Fallas del mercado.....	309
1.5.- Recapitulación y valoración.....	309
2.- La figura de las restricciones al derecho de explotación.....	311
3.- El debate terminológico: ¿límites, limitaciones, excepciones o restricciones?..	317
4.- Sistemas abierto y cerrado de restricciones.....	321
5.- Notas sobre la evolución histórica de las restricciones a los derechos de autor en los países neorromanistas.....	323
6.- La regla de los tres pasos en el Convenio de Berna y en otros tratados.....	325
6.1.- Surgimiento de la fórmula de los tres pasos.....	325
6.2.- Contenido de la regla de los tres pasos.....	331
6.3.- Su adopción en los tratados de comercio internacional y en el TODA. Su ampliación a todas las facultades del derecho de explotación.....	332
6.4.- Análisis de cada uno de los tres criterios.....	336
6.4.1.- Primer paso.....	338
6.4.2.- Segundo paso.....	343
6.4.3.- Tercer paso.....	347
6.5.- La incorporación de la prueba de los tres pasos en las legislaciones internas.....	351
6.6.- Conclusiones provisionales acerca de la regla de los tres pasos.....	355
7.- La consolidación de una doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación en la corriente del <i>droit d'auteur</i>	358
8.- Las restricciones al derecho de explotación en la LFDA.....	360
8.1.- Disposiciones generales aplicables a la mayor parte de las restricciones.....	361
8.2.- Las restricciones en particular.....	362
8.2.1.- El derecho de cita.....	362
8.2.2.- Reproducciones sobre acontecimientos de actualidad.....	367
8.2.3.- Reproducciones para la crítica e investigación.....	369
8.2.4.- La copia privada.....	371
8.2.5.- Reproducciones para seguridad y preservación en archivos y bibliotecas.....	385
8.2.6.- Constancias en procedimientos judiciales y administrativos.....	387
8.2.7.- Utilización de obras visibles desde lugares públicos.....	388
8.2.8.- Utilización en establecimientos abiertos al público para promover la venta de ejemplares.....	390
8.2.9.- La grabación efímera.....	392
8.2.10.- Acceso a la obra por parte de invidentes y sordomudos.....	395
8.2.11.- Restricciones particulares en materia de programas de	

cómputo.....	398
8.3.- Algunas restricciones ausentes en la LFDA, pero comunes en otros países con sistemas cerrados.....	402
8.3.1.- La parodia.....	403
8.3.2.- Uso de obras musicales en ceremonias religiosas o por organismos del Estado.....	406
8.3.3.- Licencias legales para radiodifusión y para transmisión por cable de obras radiodifundidas.....	407
8.3.4.- Uso incidental de obras.....	408
8.3.5.- Uso con fines educativos.....	409
9.- Las restricciones en los sistemas de <i>copyright</i>	410
9.1.- El <i>fair use</i> en los Estados Unidos de América.....	410
9.2.- El <i>fair dealing</i> y otras restricciones en el Reino Unido.....	417
9.3.- El caso de Canadá.....	420
10.- Derechos fundamentales que fundamentan las restricciones al derecho de explotación.....	421
10.1.- El derecho a la información.....	422
10.1.1.- De la libertad de expresión al derecho a la información.....	422
10.1.2.- Funciones del derecho a la información.....	425
10.1.3.- Notas sobre su regulación en México.....	430
10.1.4.- Sus relaciones con los derechos de autor.....	433
10.1.4.1.- Los derechos de autor como incentivo del derecho a la información.....	435
10.1.4.2.- Los derechos de autor como cargas del derecho a la información.....	438
10.1.4.3.- Vías de atenuación de las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información. Función de las restricciones al derecho de explotación.....	441
10.2.- El derecho a la cultura.....	447
10.2.1.- El derecho a la cultura: planteamiento e interrogantes.....	448
10.2.2.- Regulación del derecho a la cultura en México.....	453
10.2.3.- Relaciones entre el derecho a la cultura y los derechos de autor.....	455
10.3.- El derecho a la educación.....	458
10.3.1.- Generalidades del derecho a la educación.....	459
10.3.2.- Regulación del derecho a la educación en México.....	460
10.3.3.- Relaciones entre el derecho a la educación y los derechos de autor.....	463
10.4.- Otros bienes que pueden entrar en conflicto con los derechos de autor.....	466
10.4.1.- Propia imagen.....	466
10.4.2.- Intimidad.....	467
10.4.3.- Honor.....	469
10.4.4.- Propiedad.....	470
10.4.5.- Libre competencia.....	471
10.4.6.- Protección a los consumidores.....	472

CAPÍTULO QUINTO
 LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN:
 PROBLEMÁTICA ACTUAL Y NUEVOS PARADIGMAS

1.- Los retos de los derechos de autor ante Internet.....	475
2.- La regulación jurídica de Internet.....	477
3.- Las respuestas oficiales a la Internet en el ámbito del derecho de explotación.	485
3.1.- El derecho de explotación frente a Internet.....	485
3.2.- La respuesta internacional: El TODA.....	486
3.2.1.- La calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet. La comunicación al público.....	487
3.2.2.- La reproducción.....	492
3.2.3.- Las restricciones al derecho de explotación.....	497
3.2.4.- Las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.....	501
3.3.- La respuesta de los Estados Unidos de América.....	509
3.3.1.- El Libro Blanco.....	510
3.3.2.- La <i>Digital Millenium Copyright Act</i>	512
3.3.3.- El fortalecimiento de la posición jurídica de las industrias culturales. La <i>Sonny Bono Copyright Term Extention Act</i> y el caso <i>Eldred</i> . El caso <i>Napster</i>	519
3.4.- Postura de la Unión Europea.....	524
3.4.1.- Los libros verdes y el Informe Bangemann.....	525
3.4.2.- La Directiva de la Sociedad de la Información.....	527
3.4.3.- Transposición de la Directiva.....	539
3.4.4.- El nuevo libro verde sobre el derecho de autor en la economía del conocimiento.....	541
3.5.- Reflexiones sobre la situación en México.....	541
3.5.1.- Internet y la comunicación al público.....	542
3.5.2.- Internet y la reproducción.....	546
3.5.3.- Internet y las restricciones al derecho de explotación.....	550
3.5.4.- Internet y las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.....	552
3.5.5.- Aumento de la duración del plazo de protección del derecho de explotación y balance sobre la situación de las industrias culturales en México.....	557
3.6.- <i>Excursus</i> : La regulación de los derechos de autor en Internet como deber iusfundamental del Estado.....	558
4.- La respuesta crítica y la polarización del debate.....	560
4.1.- El debate sobre los derechos de autor a inicios del siglo XXI.....	563
4.2.- Análisis de algunas de las propuestas hechas por los críticos. Explicación de sus deficiencias.....	568
4.2.1.- Desaparición de los derechos de autor.....	568
4.2.2.- Minimización de los derechos de autor.....	583
4.2.3.- <i>Copyleft</i>	601
4.2.4.- <i>Creative Commons</i>	605
4.2.5.- <i>Coloriuris</i>	621
4.2.6.- Establecimiento de un sistema general de derechos de simple remuneración.....	623
4.2.7.- Conclusiones sobre las principales propuestas.....	628

5.- El mejoramiento del sistema de restricciones al derecho de explotación como solución viable.....	629
6.- Propuesta de mejoramiento al sistema de restricciones: derechos fundamentales, derechos de autor y principio de proporcionalidad.....	631
6.1.- La irreversible constitucionalización de los derechos de autor.....	632
6.2.- Un sistema mixto de restricciones a los derechos de explotación como una exigencia iusfundamental.....	639
6.3.- La estructura de un modelo mixto (ideal) en México.....	649
6.4.- El principio de proporcionalidad como instrumento de equilibrio en un sistema mixto.....	651
6.4.1.- El principio de proporcionalidad como factor para establecer legislativamente nuevas restricciones.....	651
6.4.2.- El principio de proporcionalidad en la resolución de casos concretos.....	655
6.4.2.1.- Aplicación en las circunstancias actuales.....	655
6.4.2.2.- Aplicación en una cláusula general.....	669
6.5.- Principales obstáculos para este sistema mixto propuesto.....	669
6.5.1.- Formalismo del medio jurídico mexicano.....	669
6.5.2.- Dogmas del derecho autorial.....	670
6.5.3.- La regla de los tres pasos.....	671
6.5.4.- La renuncia contractual a las restricciones.....	676
6.5.5.- ¿La inaplicabilidad de los tratados de derechos fundamentales?.....	677
6.5.6.- ¿La prohibición de regresividad?.....	678
6.6.- Epílogo: hacia un tratado en materia de restricciones y hacia la consolidación de la visión humanista de los derechos de autor.....	679
 CONCLUSIONES.....	 682
 FUENTES.....	 692

ABREVIATURAS

ACLU	<i>American Civil Liberties Union</i>
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AIPPI	Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual
AISGE	Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión
ALAI	Asociación Literaria y Artística Internacional
BIRPI	Buroes Internacionales Unidos para la Protección de la Propiedad Intelectual
BMA	Barra Mexicana – Colegio de Abogados
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CANACINE	Cámara Nacional de la Industria Cinematográfica
CANIEM	Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana
Carta de San Francisco	Carta de las Naciones Unidas
CEDRO	Centro Español de Derechos Reprográficos
CERLALC	Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe
CCF	Código Civil Federal
CD	Disco compacto o <i>compact disc</i>
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la ONU
CIICH-UNAM	Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU
CONACULTA	Consejo Nacional para la Cultura y las Artes
Convención de Viena	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
Convenio de Berna	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
Declaración de Bogotá	Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre
Directiva de Acceso Condicional	Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso
Directiva de Comercio Electrónico	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior
Directiva de la Sociedad de la Información	Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de

	autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
Directiva de Programas de Ordenador	Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador
DMCA	<i>Digital Millenium Copyright Act</i>
DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EUA	Estados Unidos de América
FCE	Fondo de Cultura Económica
FD-UNAM	Facultad de Derecho de la UNAM
FUNDAP	Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IFFRO	<i>International Federation of Reproduction Rights Organisations</i>
IFLA	<i>International Federation of Library Associations and Institutions</i>
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
IJJ-UNAM	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
IMDPC	Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional
IMPI	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial
INDA	Instituto Nacional del Derecho de Autor
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Informe del Grupo Especial de la OMC	Reporte de 15 de junio de 2000 sobre el caso <i>United States – Section 110(5) of the US Copyright Act</i> , en la OMC
ISP	Prestador de servicios de Internet
ITAM	Instituto Tecnológico Autónomo de México
Ley HADOPI	<i>Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet</i>
LFDA	Ley Federal del Derecho de Autor
LPI	Ley de la Propiedad Industrial
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
MPAA	<i>Motion Picture Association of America</i>
OEP	Oficina Europea de Patentes
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pacto de San José	Convención Americana sobre Derechos Humanos
PIB	Producto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Protocolo de San Salvador	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SACM	Sociedad de Autores y Compositores de México
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

SEP	Secretaría de Educación Pública
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SOGEM	Sociedad General de Escritores de México
Tec de Monterrey-CEM	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, <i>campus</i> Estado de México.
Tecnológico de Monterrey	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
TIC	Tecnologías de la información y de la comunicación
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TODA	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
TOIEF	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas
UABC	Universidad Autónoma de Baja California
UCLA	Universidad de California, Los Ángeles
UIA	Universidad Iberoamericana
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
Unión de Berna	Unión de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
UP	Universidad Panamericana
URSS	Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas
USB	<i>Universal Serial Bus</i>
VIH	Virus de Inmunodeficiencia Humana

PRESENTACIÓN

Hay libros que uno quiere escribir, pero también hay libros que quieren que uno los escriba. El presente trabajo pertenece a los de la segunda clase.

En efecto, cuando en uno de los comités tutoriales el Dr. Manuel Becerra Ramírez me preguntó sobre el origen de mi interés por estudiar los derechos intelectuales desde la óptica de los derechos fundamentales, me puse a reflexionar sobre el particular y sólo pude concluir que la vida me fue empujando a este punto.

Los orígenes los encontré en mi época de estudiante de licenciatura, donde tuve la oportunidad de ser uno de los fundadores y primer coordinador del Equipo Oficial de Modelos de la ONU de la Facultad de Derecho de la UNAM. Sin haberlo planeado, en esos concursos casi siempre participé en los comités que discutían temas de derechos humanos, tales como el racismo, el fenómeno migratorio de los kurdos, el matrimonio entre homosexuales, el derecho a la salud etc.

Posteriormente, en 1998, el desaparecido maestro Víctor Carlos García Moreno (curiosamente, gran conocedor del derecho autoral, aunque más famoso como estudioso del derecho internacional) tuvo la gentileza de invitarme a formar parte del primer equipo que acudiría representando a la Facultad de Derecho al *moot court* del sistema interamericano de derechos humanos que año con año organiza el *Washington College of Law* de la *American University*. Además de la invaluable experiencia de vida, ese concurso me dio a oportunidad de estudiar a fondo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y empaparirme de tan apasionante disciplina.

Otra señal se presentó en el año de 2001, recién ingresaba a la maestría en la Universidad de Alicante, cuando los alumnos tuvimos la fortuna de que la inauguración de ese ciclo escolar estuviera a cargo del director de la Academia Mundial de la OMPI, Mpazi Sinjela, quien nos ofreció una disertación intitulada “Propiedad Intelectual y Derechos Humanos”. Entonces me quedó muy claro que esa era una línea de investigación prácticamente inexplorada y de repercusiones insospechadas.

También durante mis estudios de maestría ocurrió una anécdota muy interesante. Al iniciar los módulos sobre derechos de autor, el Dr. Ulrich Uchtenhagen (de gratísima memoria) nos impartió los temas introductorios y los relativos al derecho internacional en materia autoral; cuando culminó dicho encargo, sobraban dos horas de clase, por lo que, para aprovechar el tiempo y continuar con las lecciones, nos dio a escoger entre dos temas adicionales: el valor económico de los derechos de autor o su vinculación con los derechos humanos. La cuestión fue sometida a votación del grupo, y para mi desventura, ganaron los votos por el primer tema. Sin embargo, una vez agotado ese tema y las dos últimas horas reglamentarias de clase, el profesor Uchtenhagen, al ver el interés de un gran número de alumnos por el tema de los derechos humanos, ofreció quedarse en el aula para también exponerlo a quienes desearan permanecer para escucharlo. Cabe mencionar que ya eran más de las 7:30 PM, y que el profesor –cuya edad sobrepasaba los 70 años– nos estaba dando clases desde las 10:00 AM, y aun así, con una energía proveniente de su pasión por los derechos de autor y su amor por la docencia, Uchtenhagen nos brindó una de las mejores disertaciones que he escuchado sobre el tema derechos humanos y propiedad intelectual.

Asimismo recuerdo otra anécdota. Previo a mi incorporación a la planta docente de la Facultad de Derecho de la UNAM, apoyé a su División de Estudios de Posgrado en la implementación del programa de especialización en Propiedad Intelectual. Durante la primera semana de clases, asistí a alguna de ellas para el apoyo de los profesores y alumnos, y fue cuando, durante la cátedra de Derecho Autoral I, entonces a cargo de

José Luis Caballero Leal, una alumna entró tarde al salón y preguntó: “¿Aquí es derechos humanos?”, a lo que José Luis, en tono serio, contestó: “Sí, aquí vamos a estudiar uno de los derechos humanos: el derecho de los autores”.

También la vida práctica me fue llevando a estudiar el tema de los derechos de autor desde la óptica constitucional, no sólo por la infinidad de juicios de amparo en los que he podido intervenir defendiendo los intereses de diversos clientes, sino porque también tuve la oportunidad de presentar ante la SCJN los dos primeros casos relativos a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de derechos de autor (uno relativo a los requisitos para ser árbitro en materia de derechos de autor y otro sobre la posibilidad de acudir a la vía civil para defender los derechos protegidos en la LFDA). Aunque en ambos asuntos lo resuelto por la Primera Sala no fue lo más correcto (en el primero sólo aplicó el primer paso del principio de proporcionalidad; en el segundo asunto, tergiversó el principio de proporcionalidad para “justificar” su decisión), me permitieron estudiar muy a fondo los temas en cuestión, así como dieron lugar a dos interesantes votos del ministro Cossío Díaz, los cuales, creo, nos proporcionan importantes pautas para casos futuros.

Mención aparte merece mi involucramiento en el caso *Regalías* ante el Pleno de la SCJN (contradicción de tesis 25/2005), en donde representé los intereses de la Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales. Este asunto es paradigmático, no sólo por generar la primera jurisprudencia sobre derechos de autor en México, sino porque es de los primeros casos a nivel mundial, donde un tribunal constitucional estudia un asunto de derechos de autor a la luz de los tratados internacionales que protegen los intereses morales y materiales de los creadores, haciendo una importante aportación a lo que llamamos “análisis constitucional de la propiedad intelectual”.

Asimismo debo mencionar: la influencia del Dr. Rubén Sánchez Gil, quien me introdujo a las mieles del neoconstitucionalismo; las ideas de diversos profesores con los que me topé en mis estudios de posgrado; y, finalmente, los fructíferos intercambios de ideas con mis alumnos, principalmente de posgrado.

Por tal razón, cuando tuve que decidir mi tema de investigación para ingresar al doctorado en derecho, era muy claro que tendría que estudiar la intersección entre derechos de autor y derechos fundamentales. Todo indica que eso ya estaba escrito en mi destino, correspondió, entonces, que yo comenzara a escribir el trabajo que usted, amablemente, está leyendo.

INTRODUCCIÓN

De unos años hacia acá se ha presentado un intenso debate sobre los derechos de autor (principalmente su situación en el entorno digital), lo que ha llevado a una polarización sin precedentes en torno a esta institución jurídica. Nunca se había generado un divorcio tan marcado entre las políticas públicas en la materia y las opiniones de los consumidores de cultura.

En este contexto, existen posturas que buscan la desaparición (o reducción a su mínima expresión) de los derechos de autor, así como existen tendencias que pugnan por el crecimiento absoluto de tales derechos. Frente a un debate de este tipo, marcado por los extremismos (e incluso presentado como si fuera una “guerra”), no han abundado las voces moderadas que busquen soluciones equilibradas.

Ese es uno de los propósitos de la presente investigación, atajar uno de los grandes debates de inicios del s. XXI desde un punto de vista moderado, buscando soluciones viables y equilibradas. Para lograr esto, decidimos hacer un estudio contextualizado en lo que llamamos “análisis constitucional de la propiedad intelectual”, pretendiendo evaluar el problema desde el prisma de la Constitución y los tratados de derechos fundamentales.

Tal enfoque nos situó de lleno en una de las más importantes –y recientes– líneas de investigación en la materia a nivel mundial: las relaciones entre derechos de autor y derechos fundamentales. En los últimos seis años han aparecido algunos estudios (todavía pocos) sobre dichas relaciones, principalmente los trabajos de Geiger, Yu, Torremans, Helfer, Netanel, Hugenholtz, Chapman, Delgado, etc. Incluso, el lector podrá constatar que la mayor parte de la bibliohemerografía sobre el tema es posterior a 2006, año en que formalmente comenzamos este trabajo de investigación.

Como consecuencia, está surgiendo un replanteamiento en la forma de entender y analizar el derecho intelectual, lo que, curiosamente, lejos de ser una cuestión teórica, ya ha permeado en los tribunales constitucionales –y hasta ordinarios– de muchos países (Alemania, Colombia, EUA, e incluso, y sorprendentemente a la vanguardia, México), así como en algunos tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde luego, los temas derivados de la intersección entre derechos de autor y derechos fundamentales son muy variados y no podrían agotarse en una investigación, por lo que hemos circunscrito el presente trabajo a uno de esos temas: las restricciones al derecho de explotación. Esto en virtud de que, a nuestro entender, es el de mayor impacto respecto a la situación de los derechos de autor en el entorno digital, y el de más trascendencia frente a los cuestionamientos que se hacen a esa clase de derechos.

Nuestro punto de partida y posición ideológica es que los derechos de autor no deben desaparecer, sino que deben hacerse ciertos cambios en la forma de entender y aplicar algunas de sus figuras jurídicas, sobre todo, para ser respetuosas de los derechos fundamentales. Consideramos que la *dignidad de los autores* y su legítima aspiración a lograr un nivel de vida decoroso, es la clave para entender el futuro de los derechos de autor y alejarnos de posturas ideológicas que pasan esto por alto, o de plano, lo subordinan a otros intereses. Desde luego, tampoco soslayamos que, en muchas situaciones, la protección de los autores debe ceder ante exigencias de ciertos derechos fundamentales; pero nos negamos a hacer una jerarquización *a priori*, como lo hacen las principales posturas de hoy en día.

De ahí que, con el fin de lograr un estudio equilibrado, alejado de los extremos, nos hayamos apoyado en una teoría jurídica como el neoconstitucionalismo (que puede ser explicado como una versión evolucionada del positivismo), corriente que tiene la vocación de buscar respuestas equilibradas frente a los problemas de sociedades heterogéneas, además de que sus postulados están teniendo mucho impacto en los tribunales europeos y latinoamericanos (incluyendo nuestra SCJN), amén que es la teoría de avanzada que está predominando en el ámbito académico.

En esta investigación nos valemos de diversos métodos. En particular, nuestro punto de partida es el deductivo, pues el presente trabajo va de lo general a lo particular; aunque para ciertos temas, y cuando la investigación así lo requirió, echamos mano del método inductivo. El método comparativo fue central en este esfuerzo; el lector encontrará que, aunque el presente es un estudio hecho con base en el derecho mexicano (y las propuestas van enfocadas a este ámbito), se recurre a la doctrina de varios países, y constantemente se analizan las soluciones legislativas y judiciales de otros lares; esto se debe, en parte, a que el problema es global y compartido en todo el mundo, y en parte, a que nuestro país, casi siempre, se ha limitado a implementar las soluciones formuladas en otros estados (de ahí la importancia de rastrear y entender su origen); eso sin mencionar las bondades propias de la comparación jurídica. En diversos momentos recurrimos también al método histórico.

El presente trabajo está integrado por cinco capítulos. En el primero se estudian las generalidades de los derechos fundamentales a la luz del neoconstitucionalismo. Esto tiene varias finalidades: (a) proporcionar un marco teórico y conceptual para la investigación, en especial a la luz de las doctrinas más contemporáneas, sobre todo porque en México sigue prevaleciendo una visión arcaica de las “garantías individuales”, basada en doctrinas que se estancaron en la segunda mitad del s. XX; (b) explicar una herramienta que será central para nuestra propuesta de resolución del problema: el principio de proporcionalidad; (c) familiarizar a los expertos en derecho intelectual con diversos conceptos constitucionales que no suelen manejar en su materia y que servirán para comprender las tesis que aquí se proponen; y (d) demostrar que en la familia jurídica neorromanista hay instrumentos flexibles que nos pueden ayudar a encontrar soluciones, y que nos permiten alejarnos de algunos postulados clásicos de los derechos de autor, sin tener que recurrir a categorías propias de la familia del *common law*.

En el segundo capítulo de esta investigación se exponen los conceptos básicos en materia de derechos de autor, lo cual tiene los siguientes propósitos: (a) terminar de completar el marco teórico y conceptual; (b) demostrar que, contrario a las premisas de muchas de las corrientes en boga, los derechos de autor vienen de una larga tradición humanística (reflejada en sus normas e instituciones básicas), y su vocación no es proteger a las grandes empresas, como muchos erróneamente creen; (c) retomar la figura del autor y sus intereses en un debate donde se le ha soslayado y hasta olvidado; y (d) familiarizar a los expertos en derecho constitucional (y en otras disciplinas) con los derechos de autor, materia que, a pesar de su importancia actual, sigue siendo esotérica y desconocida para el grueso de la comunidad jurídica mexicana (e incluso, para muchos supuestos “especialistas” en propiedad intelectual).

El tercer capítulo es de los más interesantes e innovadores, pues en él se analiza la intersección entre derechos fundamentales y derechos de autor, así como las posturas que tratan de explicarla. Aquí hay varios hallazgos: desde el constatar que existe una corriente constitucional e internacional de protección a los autores por la vía iusfundamental, hasta el estudiar y explicar un derecho fundamental prácticamente ignorado por la doctrina constitucional e internacional: el derecho fundamental a la

protección jurídico-autoral (el cual es el fundamento normativo de los derechos de autor).

En el cuarto capítulo estudiamos las restricciones a los derechos de explotación de los autores (terminología que justificamos como la más adecuada para referirse a lo que, tradicionalmente, se conoce como “limitaciones y excepciones”) y los derechos fundamentales que les dan sustento (principalmente los derechos a la información, a la cultura y a la educación). Analizamos críticamente la regla de los tres pasos (en tanto figura clave en el tema) y explicamos también la doctrina clásica que proporciona la forma en que, de manera generalizada, se entienden y aplican las restricciones al derecho de explotación hoy en día. Se contrastan y valoran los sistemas abiertos y cerrados de restricciones, poniendo énfasis en las restricciones previstas en la LFDA para ejemplificar un sistema cerrado y ubicar la situación de nuestro país. Toda vez que uno de los hallazgos de este capítulo es la conclusión de que la principal justificación de las restricciones a los derechos de explotación son diversos derechos fundamentales, al final explicamos esos derechos básicos y su interrelación con los derechos de autor.

En el último capítulo, exponemos los diversos problemas que las tecnologías digitales han planteado en materia de derechos de autor y su impacto, tanto en los ámbitos cultural, informativo y económico, como en las necesidades básicas de los autores. Se estudian las principales respuestas que se han implementado gubernamentalmente (tanto en el ámbito internacional como en el nacional), y la fuerte respuesta crítica que se ha generado. Explicamos las principales propuestas de los críticos para solucionar el problema y exponemos las principales razones por las que no sirven para tal fin (incluyendo su contraposición a algunos derechos fundamentales). Finalmente, exponemos nuestra propuesta, la cual consiste en implementar un sistema mixto de restricciones al derecho de explotación, basado en el neoconstitucionalismo y, concretamente, en el principio de proporcionalidad.

Con todo lo anterior demostramos que hay una nueva forma de ver los derechos de autor y aplicarlos, de una manera más humanista, equilibrada, acorde con su esencia, y respetuosa, en la mayor medida de lo posible, con todos los intereses involucrados (tanto los de los autores, como los del público en general).

Las fuentes con las que se elaboró el presente trabajo fueron primordialmente documentales, y se obtuvieron principalmente de la FD e IIJ de la UNAM, así como de la biblioteca personal del que esto escribe, del INDA, y de Internet. También recibimos apoyo bibliohemerográfico de Brenda Mora, Juan Pedro Machado, Federico Villalba, Marco Antonio Romero, Rubén Sánchez, Marco Antonio Morales y Guillermo Solórzano. A todos ellos un sincero agradecimiento.

Antes de continuar, hay que hacer unas cuantas advertencias respecto al uso de las fuentes en la presente investigación: al citarse las páginas web se menciona la fecha de consulta en Internet (no la de publicación). Asimismo, para no abultar el apartado de fuentes al final de este trabajo, se excluyen las fuentes que no se obtuvieron directamente (sino por referencia cruzada). Con el mismo propósito, en dicho apartado, tratándose de compilaciones de estudios, sólo se cita la compilación como tal, si a lo largo de la investigación hay referencias a varios de los trabajos que contiene (al contrario: sólo se citan trabajos en lo individual cuando no se utilizan otros de la misma compilación).

Por otra parte, se agradece el esfuerzo desinteresado de los tres tutores que integraron los comités tutoriales a lo largo de cuatro años: Miguel Carbonell, Manuel Becerra Ramírez y Gabino Vázquez Robles. Partes de esta investigación también fueron revisadas, discutidas y comentadas con Andrea Viteri, Rubén Sánchez, Francisco Ibarra, Federico Villalba y Fernando Silva. A todos ellos: gracias.

Algunos puntos de esta investigación también fueron expuestos y discutidos en el IIIJ-UNAM, tanto en el seminario de discusión de doctorandos, como en el seminario de análisis de sentencias relevantes de la SCJN. Otro agradecimiento para los asistentes y organizadores de esos foros de retroalimentación que fueron tan importantes.

Asimismo, agradezco al despacho Solórzano, Carvajal, González y Pérez-Correa, S.C. (SOLCARGO), por permite formar parte de su equipo y llevar a la práctica muchos de los postulados aquí desarrollados. La formación jurídica que el ejercicio de la abogacía me ha proporcionado, es invaluable.

Finalmente, agradezco a mi familia, a quienes les robé tiempo para este largo y arduo proyecto que fue el doctorado. En especial a ti Andrea, que fuiste la inspiración, el motor, el apoyo y la compañera infatigable en esta meta; tú me demostraste que la investigación no siempre es una labor solitaria.

Eduardo de la Parra Trujillo

Ciudad Universitaria, México, 22 de septiembre de 2010,
a cien años de la inauguración de la Universidad Nacional de México.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo de la presente investigación analizaremos el impacto de los derechos fundamentales en materia de derechos de autor (concretamente, en relación con las restricciones al derecho de explotación). Por lo tanto, a efecto de establecer un sólido marco conceptual, en este primer capítulo estudiamos el instituto de los derechos fundamentales, basándonos en el más avanzado pensamiento jurídico en esa materia y poniendo especial atención al principio de proporcionalidad. Concluimos con unas breves notas acerca de lo que llamamos el “análisis constitucional de la propiedad intelectual”, lo que determinará el enfoque de este trabajo.

1.- El neoconstitucionalismo.

El punto de partida de la presente investigación es el neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno. Se puede decir que este trabajo no es otra cosa más que el estudio de uno de los problemas más actuales de los derechos de autor a través de la óptica o la lente del neoconstitucionalismo.

¿Por qué el neoconstitucionalismo? En primer lugar por tratarse de una corriente teórica de avanzada (aunque es mucho más que eso), que nos proporcionará sólidas herramientas desarrolladas por varios de los pensadores jurídicos más preclaros de finales del s. XX y principios del XXI. En segundo lugar, porque nos permite analizar las maneras en que las normas constitucionales interactúan con el resto de las normas jurídicas, y sus consecuencias en la decisión judicial, sobre todo a través del entendimiento de las grandes transformaciones de las que ha sido objeto el estado de derecho. En tercer lugar, el neoconstitucionalismo es el instrumento ideal para encontrar las respuestas más equilibradas ante muchos de los problemas contemporáneos del derecho autoral, en tanto es su vocación buscar este tipo de respuestas frente a los problemas de sociedades complejas y heterogéneas.

¿Qué es el neoconstitucionalismo? Antes de contestar de lleno esta pregunta, creemos que la respuesta será más asequible si hacemos una breve referencia a algunos fenómenos jurídicos que se dieron durante el s. XX, y que nos permitirán entender las principales tesis neoconstitucionalistas.

Nuestro punto de partida es el Estado de derecho decimonónico o *Estado legalista de derecho*. Como es sabido, la ideología liberal configuró un modelo de derecho que serviría para limitar los poderes públicos, y terminar con las concepciones absolutistas del poder. En este contexto, sería la ley (y sólo ella) la que regularía los conductas de los gobernados y, principalmente, de los gobernantes.

Así, nos explica Zagrebelsky que:

los aspectos del Estado liberal de derecho indicados remiten todos a la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad.

El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares,

en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)¹.

Se aprecia así el protagonismo que tuvo la ley bajo esta concepción. De hecho, se identificó a la ley con el derecho²: si algo no estaba contemplado en ley, no era derecho; es decir, se confundía *lex* con *ius*. El ejemplo clásico de este fenómeno es el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón), el cual fue concebido como un cuerpo completo que regularía todo tipo de relaciones jurídicas entre los ciudadanos³.

A la luz de esta forma de entender el derecho, el papel de los jueces estaba sumamente limitado. Su función era una aplicación mecánica del derecho creado por el legislador. Al ser la ley un producto supuestamente acabado y sistemático, el juez no tenía otra opción más que limitarse a ser la boca del legislador en los casos concretos. En pocas palabras, como nos refiere Zagrebelsky⁴, los jueces estaban subordinados a la ley.

En el ámbito de la teoría jurídica predominaría el iuspositivismo, en su variante que después sería calificada como “positivismo excluyente”, “paleopositivismo” o “positivismo acrítico”. En particular, sería la escuela de la exégesis francesa el modelo más fiel de esta visión del derecho⁵. Siguiendo a Tamayo y Salmorán, podemos sintetizar las tesis exegéticas como sigue:

i) El culto del texto de la ley. ii) Considerar la “voluntad del legislador” como pauta suprema de interpretación, iii) Considerar al “legislador” omnipresente y omnisapiente. El más característico es el primero. El derecho positivo se identifica por completo con la ley⁶.

Evidentemente se trata de una visión formalista del derecho, que aunque tuvo su mejor momento en el s. XIX, todavía no ha sido del todo abandonada en México.

En conclusión, podríamos caracterizar al Estado legalista de derecho con los siguientes rasgos⁷:

- a) Imperio de la ley (reglas preestablecidas con base a la ideología iuspositivista clásica);
- b) División de poderes;
- c) Procedencia democrática de la legislación;
- d) Actividad administrativa sujeta al principio de legalidad.

¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 24.

² *Idem*.

³ Por tal razón, se ha llegado a afirmar que el código (y no la Constitución) era considerado la “biblia” del positivismo. *Cfr.* La Torre, Massimo, *Constitutionalism and legal reasoning. A new paradigm for the concept of law*, Países Bajos, Springer, 2007, p. 15.

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 30.

⁵ Aunque desde luego, podríamos incluir también al historicismo alemán, al primer Ihering y al propio Kelsen.

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, reimpr. de la 2a. ed., Themis, 2003, p. 346.

⁷ Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, p. 6.

Si bien, en su momento, el Estado legalista de derecho fue un avance nada menor, la historia nos demuestra que este sólo fue un estadio pasajero que habría de dar lugar a una nueva concepción: el *Estado constitucional de derecho*.

Las dos guerras mundiales y sus posguerras, harían evidentes las limitaciones del legicentrismo (o “fetichismo legislativo”, como le llamó Bobbio⁸): no podían dejarse en manos del legislador los derechos fundamentales de las personas y los valores esenciales de una sociedad. Una visión formalista del derecho justificaba, sin mayor problema, los excesos del nacionalsocialismo, los cuales estaban permitidos e, incluso, ordenados por el legislador⁹.

Resultó claro que el derecho no sólo debía concebirse conforme a parámetros formales, sino también *materiales*¹⁰; asimismo se evidenció que el legislador ya no podía ser omnipotente, debería estar sujeto a criterios materiales, los cuales se cristalizarían en la Constitución. La ley dejaba de ser la fuente del derecho más importante, pues no sólo fue desplazada por la Constitución, sino que además adquirieron relevancia otras fuentes, como las decisiones judiciales.

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del “Estado constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. (...) si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual. Se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho¹¹.

Desde luego, la noción de dignidad humana y los derechos fundamentales se convierten en premisas del Estado constitucional de derecho, de manera que ni siquiera las mayorías representadas en asambleas legislativas pueden ir en contra de esas premisas.

Una vez hechas esas breves referencias, habrá que decir que el neoconstitucionalismo está ligado a esa transformación en el mundo jurídico que llevó al Estado constitucional de derecho.

El neoconstitucionalismo (también conocido como “constitucionalismo contemporáneo” o “nuevo constitucionalismo”¹²) puede definirse de la siguiente manera:

⁸ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, trad. Ernesto Garzón Valdés, 8a. reimp., Fontamara, 2004, p. 64.

⁹ Vid. La Torre, Massimo, *op. cit.*, nota 3, p. 31.

¹⁰ Entre otros, *cfr.* De Julios-Campuzano, Alfonso, *La transición paradigmática de la teoría jurídica*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 189 y 190.

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 34.

Por su parte, Luis M. Cruz entiende que esa transformación del Estado legalista de derecho al estado constitucional de derecho, no implica un quebrantamiento, sino que “puede decirse que con un modelo de Estado constitucional como el descrito se ha llegado a una realización más cabal del Estado de Derecho. Si la esencia del Estado es el sometimiento del poder al Derecho, entonces cuando existe una Constitución normativa garantizada, la limitación y control del poder alcanza también al poder legislativo”. Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa / IMDPC, 2006, p. 54.

Cfr. también Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Perspectivas del constitucionalismo moderno” en Pardo Schlesinger, Cristina, y Parra Dussán, Carlos (coords.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 74.

¹² Ribeiro Moreira, Eduardo, “Neoconstitutionalism and theory of interpretation”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, IIJ-UNAM, núm. 3, 2009, p. 351.

Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho en los términos que serán descritos de inmediato¹³.

La expresión “neoconstitucionalismo” fue creada a finales de la década de los 90 (s. XX) por la escuela genovesa de teoría del derecho (Comanducci, Pozzolo, Barberis, Guastini, etc.) para identificar algunas de las principales ideas post-positivistas que presentan rasgos en común¹⁴. En la actualidad es un vocablo plenamente aceptado y usado.

Precisamente, el jurista italiano, Paolo Comanducci¹⁵, inspirado en la clásica diferenciación de Norberto Bobbio¹⁶, distingue entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.

El *neoconstitucionalismo teórico*, según nos refiere Comanducci, es una teoría del derecho que busca describir los logros de la constitucionalización¹⁷, es decir, este proceso cambios de los sistemas jurídicos, caracterizado por una Constitución “invasora”, positivización del listado de los derechos fundamentales, presencia de principios y reglas en

¹³ Prieto Sanchís, Luis, Voz “Neoconstitucionalismo” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005, p. 420.

Cfr., también, Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IIJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. VI, p. 23; y Cote-Barco, Gustavo Emilio, “Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena”, *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 116, julio-diciembre 2008, pp. 122 y 123.

¹⁴ Comanducci, Paolo, “La ideología neoconstitucionalista y la democracia” en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, pp. 33 y 34.

¹⁵ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” (trad. Miguel Carbonell), en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta / IIJ-UNAM, 2003, pp. 82 y ss.

¹⁶ Bobbio establece que hay tres modos de entender el positivismo jurídico: como un método (forma de acercarse al estudio del derecho), como una teoría (forma de concebir al derecho) y como una ideología (toma de posición ante ciertos valores). Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 8, pp. 39 y ss.

¹⁷ La constitucionalización nos es explicada por Sánchez Gil, indicando que se trata de un fenómeno propio del Estado moderno (Estado constitucional) donde hay una especial pretensión de validez para la norma fundamental, lo que nos lleva a una nueva visión en donde la Constitución influye en el sentido de la legislación, las decisiones de los tribunales (incluso ordinarios), las funciones de la administración pública y hasta en la doctrina jurídica. *Vid.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, pp. 23 a 25.

De hecho, este fenómeno del que habla Sánchez Gil ha venido consolidándose, pues como nos indica Luis M. Cruz, es innegable que el neoconstitucionalismo se ha extendido en Europa con gran éxito. Cfr. Cruz, Luis M., *op. cit.*, nota 11, p. 53.

Por su parte, el jurista brasileño, Luís Roberto Barroso, indica que la constitucionalización “está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico. Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de las normas del derecho infraconstitucional”. Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2008, pp. 19 y 20.

la Constitución¹⁸, y por ciertas particularidades en la interpretación y aplicación de normas constitucionales. Por consiguiente, el neoconstitucionalismo es una teoría que representa otra opción respecto iuspositivismo tradicional, en tanto hoy no parecen sostenibles el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo (característicos del positivismo jurídico decimonónico)¹⁹. Empero, también se aleja del iusnaturalismo, principalmente, por su énfasis en la racionalidad y el apoyo en la metodología jurídica²⁰.

Prieto Sanchís nos resume el neoconstitucionalismo como teoría del derecho en los siguientes puntos:

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí²¹.

Una de las características que distinguen al neoconstitucionalismo teórico respecto del positivismo jurídico tradicional, es que la interpretación constitucional reviste ciertos rasgos diferenciadores respecto de la interpretación de la ley²². Además, dentro de la teoría

¹⁸ Sobre la distinción entre principios y reglas (y por consiguiente, entre ponderación y subsunción), *vid. infra*. el apartado 3.1 del presente capítulo.

¹⁹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 15, p. 83.

Por tanto, en el presente siglo, el derecho busca ser, otra vez, una expresión de justicia, pero ahora con parámetros de racionalidad bien definidos. *Vid.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 352.

En la misma tónica, el profesor Jaime Cárdenas nos explica que el Estado debe ser, ante todo, un Estado *constitucional*, en el que la Constitución no sólo determina “quién” y “cómo” manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse; de manera que la Constitución limita a la ley (y por consiguiente, a las mayorías legislativas y sociales), estableciendo un coto vedado incluso para las mayorías electas democráticamente. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 119.

²⁰ Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 352.

De ahí que Barroso nos hable de un “post-positivismo”, que toma en cuenta la superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo. *Cfr.* Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, pp. 4 y 5.

En el mismo sentido, *vid.* De Carvalho, Kildare Gonçalves, *Direito constitucional*, Brasil, 14a. ed., Del Rey, 2008, p. 239.

²¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 13, p. 422.

En términos muy similares, Susanna Pozzolo sintetiza el pensamiento neoconstitucionalista en las siguientes máximas: 1) principios versus reglas, 2) ponderación versus subsunción, 3) Constitución versus independencia del legislador, y 4) jueces versus libertad del legislador. *Cfr.* Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” (trad. Josep M. Vilajosana), *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 21, vol. II, Universidad de Alicante, 1998, pp. 340 a 342.

Asimismo, *cfr.* Gil Rendón, Raymundo, “Estado constitucional de derecho y los derechos humanos”, *Nuestra democracia. Actualidad y opiniones sobre controversias constitucionales*, México, Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad, año 2, núm. 12, marzo 2007, p. 17; De Carvalho, Kildare Gonçalves, *op. cit.*, nota 20, p. 239; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 11, p. 74.

²² Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 15, p. 84.

Sobre este punto, *cfr.* también Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004, p. 209; Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2008, pp. 65 a 68; Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 11; De Carvalho, Kildare Gonçalves, *op. cit.*, nota 20, p. 240.

neoconstitucionalista existen dos tendencias de pensamiento: una que entiende que tal teoría no es otra cosa más que una continuación del iuspositivismo, con el mismo método pero con un objeto parcialmente modificado, mientras que la otra corriente estima que es necesario un cambio radical en la metodología, dadas las transformaciones del objeto de investigación²³.

Por su parte, el *neoconstitucionalismo ideológico* pone en primer término el propósito de garantizar los derechos fundamentales, y en segundo plano la limitación del poder estatal (que era lo primordial en el constitucionalismo de los s. XVIII y XIX). Así las cosas, el neoconstitucionalismo ideológico toma partido, y no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y aboga por su defensa y ampliación. De igual forma, enfatiza la importancia de los medios institucionales de defensa de los derechos fundamentales, destacando la exigencia al legislativo y al judicial de realizar actividades para concretar y garantizar los derechos fundamentales²⁴.

Por último, el *neoconstitucionalismo metodológico* establece que los principios constitucionales son un puente entre la moral y el derecho²⁵. De esta manera, se rompe con una de las ideas destacadas del positivismo jurídico: diferenciar el derecho como es, del derecho como debería ser, lo que se traducía en una ciencia del derecho descriptiva pero no prescriptiva²⁶. El neoconstitucionalismo reconoce que el ordenamiento jurídico debe estar cimentado en un mínimo de valores, los cuales quedan plasmados en la Constitución. Puede decirse que el neoconstitucionalismo es beneficiario del debate Hart-Dworkin.

De hecho, como bien apunta Miguel Carbonell²⁷, el neoconstitucionalismo es la construcción teórica que más influencia ha tenido en América Latina en los últimos años²⁸.

En otro orden de ideas, hay que puntualizar algo que nos parece de especial relevancia para los efectos del presente trabajo: la importante (y protagónica) función del juez en el Estado constitucional de derecho.

En esta concepción, el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como la totalidad del derecho, pues los jueces han de contribuir a la

²³ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 15, p. 83.

²⁴ *Ibidem*, pp. 85 y 86. Comanducci encuentra un interesante vínculo entre el positivismo ideológico del s. XIX y el neoconstitucionalismo, en tanto el primero predicaba una obligación moral de obedecer la ley, mientras que el segundo propugna una obligación del mismo tipo, consistente en obedecer la Constitución y las leyes conformes a ella, dada la necesaria conexión entre derecho y moral en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos.

En concordancia con lo anterior, Ribeiro nos refiere que el neoconstitucionalismo no sólo es una teoría del derecho, sino también una propuesta de teoría política y de filosofía del derecho. *Cfr.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 356.

²⁵ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 15, pp. 87 y 93.

²⁶ Sobre esta visión del positivismo tradicional *cfr.*, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, trad. Roberto J. Vernengo, 14a. ed., Porrúa, 2005, pp. 117 a 122

²⁷ Carbonell, Miguel, "Ponencia introductoria a la mesa de derechos fundamentales", videoconferencia del *Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina*, México, 18 de marzo de 2009, IIJ-UNAM, consultable en la videoteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=33&t=4&m=303&p=143&mx=1>.

²⁸ Aunque su recepción ha sido tardía en el caso de México. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, "¿Interpretación neoconstitucional en México?" en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 165.

formación del ordenamiento jurídico²⁹. Incluso, la labor del juez va mucho más allá, pues a este se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales³⁰. Por lo tanto, como bien explica Cárdenas Gracia, el juez destierra su papel subordinado y mecánico frente al derecho, recobrando su papel de juzgador, convirtiéndose en uno de los principales promotores del Estado constitucional³¹.

Desde luego, este protagonismo del juez no llega (o no debiera llegar) a los niveles de supremacía que tuvo el legislador decimonónico.

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos³².

Esta caracterización del papel del juez nos servirá para fundamentar una de las principales tesis de la presente investigación, pues así como en el Estado constitucional de derecho se dejó a un lado la figura del legislador omnipresente y se dio especial relevancia a la actividad jurisdiccional, en materia de las restricciones a los derechos de autor no puede pretenderse todavía que sea el legislador el único que determine los casos (concretos) y las condiciones en que se restringirá un derecho de estos, sino que la actividad de los jueces va adquiriendo mayor relevancia en la (re)configuración de las restricciones a los derechos de autor.

El paso de una teoría cerrada a una más abierta en materia de restricciones a los derechos de explotación, es tan necesario como lo fue el paso del Estado legalista al Estado constitucional de derecho.

²⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 153.

En este sentido, el jurista argentino, Rodolfo Luis Vigo, señala que en nuestros días existe un protagonismo notable del juez en las sociedades adscritas al modelo jurídico continental, advirtiendo como fenómeno constante la judicialización de los más variados conflictos. *Cfr.* Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 42.

En igual sentido, Prieto Sanchís indica que el neoconstitucionalismo implica una apertura al judicialismo. *Vid.* Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 155.

De la misma manera, nos refiere Fernando Silva García que, en América Latina, se aprecia una tendencia al fortalecimiento del papel que juega la rama judicial en la arquitectura constitucional. *Cfr.* Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 13.

³⁰ Pozzolo, Susanna, *op. cit.*, nota 21, p. 341.

³¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 121.

Por su parte, el jurista italiano, Giancarlo Rolla, advierte que “la idea histórica del juez en tanto que ‘boca de la ley’, y la concepción del intérprete como mero ejecutor de la voluntad del legislador, tienen mal encaje en la realidad actual”. Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, 2006, p. 81.

En el mismo sentido, *vid.* Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* nota 17, pp. 12 y 13.

³² Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 153.

Como corolario al presente apartado, cabe señalar que, de acuerdo con Miguel Carbonell, lo novedoso del neoconstitucionalismo radica en la combinación, de por lo menos, los siguientes tres elementos³³:

- Textos constitucionales que no se limitan a establecer competencias y separar a los poderes públicos, sino que contienen normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado a ciertos fines y objetivos;
- Nuevas prácticas jurisprudenciales en las que los jueces tienen que acudir a nuevos esquemas de interpretación y aplicación del derecho e, incluso, trabajar con valores; y
- Nuevos desarrollos teóricos que buscan influir en el fenómeno constitucional y en la práctica judicial, destacándose planteamientos como los de Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Zagrebelsky, Prieto Sanchis o Nino.

Una vez explicado el neoconstitucionalismo como marco referencial de la presente investigación, a continuación iniciaremos el estudio de la institución de los derechos fundamentales, iniciando con algunas reflexiones sobre su definición.

2.- Definiciones de “derechos fundamentales”.

Corresponde ahora aproximarnos al concepto de “derechos fundamentales”, lo cual no es algo sencillo, pues como ha advertido la doctrina³⁴, es una de las nociones más controvertidas en la actualidad, la cual ha sido objeto de multiplicidad de definiciones surgidas desde diferentes perspectivas.

Pese a lo anterior, y para los efectos de la presente investigación, nos acercaremos a ese concepto a través de dos de las plumas más importantes del pensamiento jurídico contemporáneo: Luigi Ferrajoli y Robert Alexy. Del primero destaca su visión “garantista”, sus interesantes desarrollos teóricos y sus distinción entre los derechos fundamentales y los derechos a los que llama “patrimoniales”; del segundo, su claridad de pensamiento, su depurada (y frecuentemente exhaustiva) técnica de análisis del fenómeno constitucional y su “teoría de los principios” (la cual será básica para sustentar las tesis de la presente investigación). Previamente haremos algunas acotaciones de carácter terminológico.

2.1.- Terminología.

No hay una terminología unánime para identificar a los derechos que ahora nos ocupan: derechos humanos, derechos fundamentales, garantías constitucionales, derechos del hombre, etc. Mientras muchos utilizan indistintamente expresiones como los anteriores, otros los usan para referirse a diversas cuestiones.

³³ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto” en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / IJ-UNAM, 2007, pp. 9 a 12.

³⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 77.

Por ejemplo, siguiendo una postura muy usual, Miguel Carbonell distingue entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” reconociendo en los primeros una categoría más amplia³⁵ y señalando que “todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados”³⁶.

De hecho, es muy común la postura que considera a los derechos humanos como derechos morales³⁷, que pueden (y deben) ser positivados³⁸. Estas ideas son expuestas con claridad por Óscar Correas:

Para algunos, los DH son derechos “morales”; para otros, si bien no usan esta expresión, los DH son anteriores al derecho positivo; todos parecen aceptar que los DH pueden ser vistos como *razones* que, provenientes de la ética, constituyen, en tanto tales, compulsiones para la producción de normas positivas, incluyendo entre éstas a las resoluciones estatales, y, por tanto, también en este caso los DH están “antes” que el derecho positivo³⁹.

Por su parte, haciendo una clasificación diferente, Peter Haeberle considera que los “derechos fundamentales” (*Grund-Rechte*) son un género que tiene dos especies: los

³⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM / CNDH, 2005, p. 8.

³⁶ *Ibidem*, p. 9.

En términos similares, Alexy habla de una relación de implicación necesaria entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, de forma que, a decir de este jurista alemán, los “derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo”. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26.

³⁷ En este contexto, por “derechos morales” debemos entender “derechos no jurídicos”, y no como cierto tipo de derechos de autor, que es el contexto en el que se usa en el capítulo segundo de esta investigación y que tiene una amplia acogida en la doctrina, legislación y jurisprudencia autoral. Con relación a la primera acepción, Cruz Parceró explica que “los derechos morales son un tipo de razones morales de especial peso que faculta a un sujeto a exigir, demandar, hacer o disfrutar algo”. Cruz Parceró, Juan A., “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 15, octubre 2001, p. 61.

³⁸ Nino explica que mucha de la resistencia a admitir los derechos morales es de carácter lexicográfica, en tanto se alega que hablar de derechos jurídicos pareciera redundante, mientras que hablar de derechos morales es, por lo menos, paradójico; opinando el citado autor que no hay que hacer de la cuestión verbal un problema filosófico, por lo que debería estipularse una expresión en español que se refiera a estas cuestiones, ya sea derechos morales o títulos, exigencias, demandas, facultades, permisos morales o cualquier otro. *Cfr.* Nino, Carlos S., “Sobre los derechos morales”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 7, Universidad de Alicante, 1990, pp. 311 a 313.

Por su parte, Cruz Parceró da cuenta que el positivismo jurídico ha reclamado desde el s. XIX la exclusividad del concepto de “derecho subjetivo”, de manera que sólo serían “derechos” los positivos, y en otros casos lo que podría haber son “simples valores”. *Cfr.* Cruz Parceró, Juan A., *op. cit.*, nota 37, p. 56.

³⁹ Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán / CIICH-UNAM, 2003, p. 127.

En este tenor, también encontramos a Luis M. Cruz, quien dice que los derechos fundamentales son la traslación a la Constitución de ciertas exigencias éticas o derechos morales. *Cfr.* Cruz, Luis M., *op. cit.*, nota 11, p. 55.

Asimismo, comparte estas ideas el jurista alemán, Martin Borowski, quien afirma que los derechos humanos son derechos morales, por lo que su validez surge únicamente en razón de su corrección material, de manera que su positivación, institucionalización o efectividad social no juegan ningún papel como criterio de validez. Así, lo característico de los derechos humanos es su fundamentalidad, es decir, que protegen y satisfacen intereses y necesidades fundamentales. *Cfr.* Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 30 y 31.

“derechos humanos” (*Menschen-Rechte*) y los “derechos ciudadanos” (*Bürger-Rechte*)⁴⁰, estimando que los “derechos humanos” son aquellos previstos en normas internacionales (en tanto son derechos de todo ser humano de todas las naciones), mientras que los “derechos ciudadanos” serían de carácter nacional⁴¹. En cambio, para Ferrajoli los “derechos humanos” son una clase muy específica de “derechos fundamentales”: aquellos que son primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como serían el derecho a la vida o la libertad personal⁴², pero de cualquier manera previstos en una norma jurídica positiva⁴³.

Mientras que Gregorio Peces-Barba prefiere hablar de “derechos fundamentales” que de “derechos humanos”, pues estima que esta última expresión es más ambigua, en tanto que la primera abarca las dos dimensiones en que aparecen estos derechos, sin incurrir en reduccionismos iusnaturalistas o iuspositivistas⁴⁴.

Por lo que hace a la expresión “garantías constitucionales”, Fix-Zamudio y Valencia Carmona explican que ella fue utilizada como sinónimo de “derechos humanos” en varias constituciones latinoamericanas, en las que anteriormente había prevalecido la primera expresión, aunque ahora se ha introducido en esos ordenamientos una terminología más moderna⁴⁵, razón por la cual el maestro Fix-Zamudio considera anacrónica la expresión “garantías individuales y sociales”⁴⁶. Una definición clásica en nuestra doctrina es la de

⁴⁰ Häberle, Peter, *Europäische Rechtskultur*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 291 y 299.

⁴¹ *Idem*.

Cfr. también Häberle, Peter, *El estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 182 y 183.

⁴² Los otros tipos de derechos fundamentales, según este autor, serían los “derechos públicos” (derechos primarios reconocidos sólo a ciudadanos, como el derecho de residencia o el de reunión), los “derechos civiles” (derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar, como la libertad contractual o el derecho de accionar en juicio), y los “derechos políticos” (derechos secundarios de los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto o el de acceso a cargos públicos). Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Trotta, 2002, p. 40.

Más adelante en el presente capítulo ahondamos en el pensamiento de Ferrajoli.

⁴³ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa / IJ-UNAM, 2005, p. 204.

En otro estudio, Fix-Zamudio explica que este concepto tradicional que identifica las garantías constitucionales con los derechos fundamentales, tiene su origen en la revolución francesa, en tanto se pensaba que “era suficiente inscribir en un texto constitucional aquellos derechos del hombre que consideraban esenciales para el respeto de la dignidad humana, para que los mismos fuesen conocidos y respetados por las autoridades”, lo cual resultó no ser cierto a la postre, en tanto la mera positivización no fue por sí misma suficiente. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la constitución”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año 1, núm. 1, IJ-UNAM, enero-abril 1968, p. 105.

⁴⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2a. ed., Porrúa / IJ-UNAM, 1999, p. 620.

En este sentido, Carbonell explica que la Constitución mexicana conservó una nomenclatura que tuvo sus mejores momentos hace cerca de dos siglos. Cfr. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 27.

De igual forma, Corcuera Cabezut advierte que el vocablo “garantía” no es sinónimo de “derecho”, por lo que el primer capítulo de nuestra Constitución debería llamarse “De los derechos fundamentales”. Cfr. Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2a. reimp. de la 1a. ed., Oxford University Press, 2006, pp. 38 y 39.

Ignacio Burgoa Orihuela, quien conceptúa a las garantías individuales como las relaciones jurídicas de supra a subordinación que se establecen entre el gobernado (sujeto activo), por un lado, y cualquier autoridad y el Estado (sujetos pasivos), por el otro; relación de la que surge un derecho público subjetivo a favor del gobernado y un deber para el Estado y sus autoridades consistente en respetar ese derecho del gobernado (objeto), previsto y regulado por la Ley Fundamental (fuente)⁴⁷.

La terminología de nuestra Constitución Política tampoco es uniforme, pues emplea indistintamente expresiones como “derechos fundamentales” (cuarto párrafo del a. 18)⁴⁸ o “derechos humanos” (aa. 2º, apartado A, fr. II; 102; 105, fr. II, inciso g); y 122, apartado C, base primera, fr. V, inciso h); principalmente)⁴⁹, aunque ha predominado el término “garantías individuales”⁵⁰, utilizado en el texto originario de 1917. Empero, el Senado de la República, el 8 de abril de 2010, aprobó una importante (aunque incompleta) reforma constitucional en la materia, cuyo texto deja atrás la expresión “garantías individuales” y se decanta por sustituirla por el término “derechos humanos”; al momento de terminar el presente trabajo todavía no termina el correspondiente procedimiento de reforma constitucional.

En esta investigación utilizaremos preferentemente la expresión “derechos fundamentales” por ser la usada mayoritariamente por la doctrina contemporánea, por los tribunales y las constituciones más modernas; y sólo marginalmente nos referiremos a la expresión “derechos humanos”, cuando hagamos referencia a algún instrumento jurídico que en particular use ese término o a algún autor que también lo utilice. En todo caso, aludiremos a los derechos fundamentales como derechos positivados y vigentes. Utilizaremos el término “derechos fundamentales” tanto para referirnos a los que se desprenden de las normas jurídicas nacionales como de las internacionales⁵¹. Es decir, utilizaremos “derechos fundamentales” y “derechos humanos” como sinónimos, aludiendo siempre a derechos positivados.

⁴⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, 32a. ed., Porrúa, 2000, p. 187.

Cabe destacar que esta definición es algo redundante, en tanto estima a la garantía individual como una relación (que entendemos como un derecho subjetivo) de la que surge un derecho público subjetivo (otro derecho subjetivo); de hecho, afirma este autor que las garantías individuales serían la consagración jurídico-positiva de los derechos del hombre.

⁴⁸ El texto de esa disposición es el siguiente: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los *derechos fundamentales* que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.” (Énfasis añadido).

⁴⁹ Algunas de las figuras contenidas por estos artículos son los derechos indígenas y la institución del *Ombudsman*. Como mero ejemplo, citaremos el primer párrafo del apartado B del a. 102 constitucional: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepciones de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.”

⁵⁰ Sólo como ejemplo, *vid.* la denominación del capítulo primero del título primero de nuestra Ley Suprema, su a. 1º.

⁵¹ En este sentido, Borowski distingue entre “derechos fundamentales internacionales y supranacionales” y “derechos fundamentales nacionales”. *Cfr.* Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 39, pp. 31 a 33.

Una vez hechas esas aclaraciones terminológicas, pasemos a ver dos de las más destacadas definiciones en la doctrina actual.

2.2.- Definición de Luigi Ferrajoli.

La primera definición que estudiaremos es la de Ferrajoli. Esta definición de derechos fundamentales elaborada por dicho catedrático es de carácter teórico y no dogmático, en tanto no se refiere a las normas pertenecientes a un ordenamiento concreto (como podría ser la Constitución italiana o la francesa); de ahí una de sus principales ventajas: el poder ser fácilmente utilizable para cualquier sistema jurídico.

Luigi Ferrajoli nos dice que

son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁵².

Un primer elemento destacable de esta definición es la imputación *universal* de los derechos fundamentales. Ferrajoli entiende la expresión “universal” en un sentido que él llama “lógico y avalorativo” de la cuantificación de los titulares de esos derechos, de manera que si tales derechos fueran alienables, serían “virtualmente no universales”⁵³; e incluso señala que si se estableciera como universal un derecho fútil, como el de ser saludado al caminar por la calle, ese sería un “derecho fundamental”⁵⁴.

Riccardo Guastini explica claramente la imputación universal de los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli de la siguiente manera: “un derecho es fundamental si se confiere a ‘todos’. Si, en resumen, la norma que lo confiere está formulada mediante el cuantificador universal (‘todos’)”⁵⁵.

Un segundo elemento relevante de la definición citada, son las condicionantes para ser titular de los diversos derechos fundamentales, es decir, la calidad de “persona” y/o de “ciudadano” y/o “capaz de obrar” (el *status*). Explica Ferrajoli que los presupuestos para ser titular de derechos fundamentales se han ido eliminando históricamente, pues en otras épocas existían requisitos en cuanto al sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad,

⁵² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, p. 37.

Como se observa, el autor en comentario se decanta por una postura positivista: “con la asimilación de los derechos fundamentales a la categoría de los derechos subjetivos, Ferrajoli toma partido –en la secular diatriba entre las visiones iusnaturalistas y iuspositivistas– por la concepción iuspositivista, la cual reconduce los derechos subjetivos a normas del derecho objetivo”. Rentería Díaz, Adrián, “Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta / IJ-UNAM, 2005, p. 121.

⁵³ De aquí se desprende que, en la teoría ferrajoliana, la “universalidad” estaría vinculada con la “indisponibilidad”.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, p. 38.

⁵⁵ Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 59.

aunque en la actualidad todavía persisten los criterios de ciudadanía y capacidad de obrar, como las únicas diferencias de *status* que delimitan la igualdad de los seres humanos⁵⁶.

Con base a esos *status*, Ferrajoli hace dos grandes clasificaciones de los derechos fundamentales: la primera distingue entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, mientras que la segunda clasificación divide a los derechos fundamentales entre derechos primarios y derechos secundarios⁵⁷. Veamos en qué consisten esas clasificaciones.

a) *Derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía*.- Los primeros corresponden a todos los seres humanos, mientras que los segundos únicamente corresponden a aquellos que tienen el estatus de ciudadanos⁵⁸.

b) *Derechos primarios y derechos secundarios*.- Los primarios (sustanciales) pertenecen a todos, en tanto los secundarios (instrumentales o de autonomía) corresponden sólo a las personas con capacidad de obrar⁵⁹.

Cruzando esas clasificaciones, Ferrajoli obtiene cuatro tipos de derechos fundamentales, a saber⁶⁰:

aa) *Derechos humanos*.- Son derechos primarios de las personas y conciernen en forma indistinta a todos los seres humanos, como sería el caso del derecho a la vida, la libertad personal, el derecho a la salud, el derecho a la educación, las garantías penales y procesales, etc.

bb) *Derechos públicos*.- Derechos primarios concedidos únicamente a los ciudadanos. Por ejemplo: derecho de circulación en el territorio nacional, derecho de asociación, derecho al trabajo, etc.

cc) *Derechos civiles*.- Derechos secundarios que tienen todas las personas capaces de obrar, como sería el caso de la libertad contractual, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio, etc.

dd) *Derechos políticos*.- Son derechos secundarios que se reservan sólo a los ciudadanos con capacidad de obrar, como por ejemplo, el derecho al voto, el derecho de acceder a los cargos públicos, etc.

El propio Ferrajoli esquematiza su tipología de la siguiente manera⁶¹:

D. fundamentales	D. de la persona	D. del ciudadano
D. primarios	D. humanos	D. públicos

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 38 y 39.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 294.

D. secundarios	D. civiles	D. políticos
----------------	------------	--------------

Ahora bien, muchos podrán pensar que la definición de derechos fundamentales proporcionada por Ferrajoli no da muchas luces para poder ubicar o distinguir a estos derechos. Empero, nuestro autor explica que su definición se refiere a un concepto *teórico*, por lo cual no puede decir nada en cuanto al contenido de los derechos fundamentales, sino que sólo puede identificar la forma o estructura lógica de dichos derechos, es decir, tal definición nos dice “qué son” los derechos fundamentales, pero no “cuáles son”⁶².

En cambio, la respuesta a la pregunta “¿cuáles son los derechos fundamentales?” no la proporciona la teoría del derecho, sino el derecho positivo, esto es, la *dogmática constitucional o internacional*. De tal forma que son derechos fundamentales en Italia o Alemania (por ejemplo), los derechos universales e indisponibles establecidos en el derecho positivo italiano o alemán; mientras que son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la DUDH de 1948, los pactos internacionales de 1966 y en los demás tratados sobre derechos humanos⁶³. Esto nos será de utilidad al momento de referirnos a los derechos fundamentales en México y, especialmente, al momento de resolver la pregunta relativa a si los derechos de autor son o no derechos fundamentales⁶⁴.

Por último, Ferrajoli indica que le corresponde a la *filosofía política* responder la pregunta “¿cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales?”⁶⁵. Para tener una visión, así sea panorámica del pensamiento de autor que ahora se estudia, sintetizaremos la respuesta que formula a esta tercera pregunta.

Para responder tal cuestión, Ferrajoli identifica diversos criterios axiológicos que se refieren al valor del ser humano asumido como fin y nunca como un medio, y que sirven, por un lado, para inclinarse a favor de los valores de las personas –vida, dignidad, libertad, supervivencia las opciones ético-políticas–, y por otro lado, son sugeridos por la experiencia histórica, estatal e internacional, del constitucionalismo democrático⁶⁶. En este sentido, el citado jurista italiano destaca los siguientes criterios axiológicos que fundamentarían a los derechos fundamentales⁶⁷:

- Deben estar garantizados como derechos fundamentales aquellos cuya garantía es condición indispensable para la paz. Este criterio lo deriva nuestro autor del nexo entre derechos humanos y paz que establece el preámbulo de la DUDH;
- El segundo criterio es el nexo entre derechos fundamentales e igualdad. Esta igualdad debe ser en los derechos de libertad (que garantizan igual valor a las

⁶² Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, p. 117.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Este problema lo abordamos en el capítulo tercero de la presente investigación.

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 62, p. 117.

En otro trabajo, Ferrajoli formula una cuarta pregunta (múltiple): “¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?”, cuya respuesta corresponde, por un lado, a la sociología del derecho y, por otro lado, a la historiografía jurídica. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 61, p. 291.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 61, p. 315.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 62, pp. 117 y 118.

diferencias personales) y también en los derechos sociales (que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales)⁶⁸;

- Por último, tenemos el papel de los derechos fundamentales como “leyes del más débil”, en tanto alternativa a las leyes del más fuerte que imperarían ante su ausencia⁶⁹. Así, el derecho a la vida es una ley en contra del que es físicamente más fuerte, los derechos de inmunidad y libertad son una ley contra aquel que es más fuerte políticamente, y los derechos sociales son ley en contra del más fuerte social y económicamente.

Con relación a este tercer criterio hay una idea que queremos resaltar: la pertenencia de los derechos fundamentales a la *esfera de lo indecible*, es decir, su indisponibilidad incluso ante las mayorías democráticamente electas⁷⁰:

De forma distinta a las cuestiones pertenecientes a lo que he llamado “esfera de lo decidable”, los derechos fundamentales están de hecho sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a lo que he llamado la “esfera de lo no decidable (que sí o que no)”. Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales– contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae de la política, es decir a los poderes de la mayoría, y por otro lado al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción^{71, 72}.

⁶⁸ En relación con este criterio, Ferrajoli desarrolla su idea de vinculación entre derechos fundamentales y democracia substancial (*Ibidem*, pp. 126 y 127). Dicha vinculación a veces aparece en los trabajos del jurista citado como un cuarto criterio axiológico (Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 61, p. 316), y no como parte del desarrollo del criterio que consiste en vincular los derechos fundamentales con la igualdad. De acuerdo con este autor, la democracia tiene una dimensión *formal* y una *substancial*; la democracia formal se refiere al “quién” y al “cómo” se toman las decisiones, estando garantizada por normas formales que rigen, precisamente, la forma de tomar decisiones; mientras que la democracia substancial hace referencia a “qué” es lo que se debe decidir y lo que no puede decidirse por cualquier mayoría, y se encuentra garantizada por normas substanciales que regulan la substancia o significado de las decisiones, vinculándolas a los derechos fundamentales, bajo pena de invalidez en caso de contravenir tales derechos. Sobre este punto, *cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, p. 23.

En este sentido, el criterio axiológico que vincula los derechos fundamentales con la democracia substancial, consiste en sostener que los primeros son límites y vínculos impuestos a la mayoría al momento de tomar decisiones. Para un desarrollo más amplio de esta idea, *vid.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 61, pp. 316 y ss.

⁶⁹ “Siempre estos derechos han sido conquistados como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte –iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policíacos o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales– que regía en su ausencia. Y han correspondido, cada vez, a un ‘nunca más’ estipulado contra la violencia o la prevaricación generadas por la ausencia, en relación a una y otra, de límites y reglas”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 62, p. 127.

⁷⁰ Esta es una de las características más relevantes del Estado constitucional de derecho, toda vez que nos pone en evidencia la pérdida de omnipotencia del legislador.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 62, p. 131.

Ideas similares podemos encontrar en Ronald Dworkin cuando afirma: “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 37.

Esto nos será de utilidad en la presente investigación, pues en ella habremos de constatar si el debate actual sobre las restricciones a los derechos de autor (o incluso, en general, la polémica acerca de la llamada propiedad intelectual), está tocando puntos que se encuentran dentro de la esfera de lo no decidible; lo que a su vez nos permitirá medir la validez material de muchas propuestas y políticas en materia autoral a la luz de las exigencias de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ya que vimos qué son los derechos fundamentales para Luigi Ferrajoli, y cuáles son los criterios axiológicos que en el pensamiento de este autor sirven para dar contenido a esos derechos, culminaremos esta síntesis con las cuatro tesis que desprende de su definición de “derechos fundamentales”, y que estima esenciales para una teoría de la democracia constitucional, a saber: *a)* la diferencia estructural de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, *b)* los derechos fundamentales como fundamento y parámetro de la igualdad y, por consiguiente, de la democracia substancial, *c)* la naturaleza supranacional de buena parte de los derechos fundamentales, y *d)* la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías⁷³. Para los efectos de la presente investigación nos serán de utilidad la primera y cuarta tesis, las que expondremos con un poco más de amplitud.

La *primera tesis* es la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Como bien explica Ferrajoli, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se concibió a la propiedad como un derecho “sagrado e

Coincide también Robert Alexy, jurista cuyas ideas expondremos con mayor amplitud más adelante, quien indica: “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432.

Giancarlo Rolla explica que el juicio de constitucionalidad es, en la actualidad, una garantía “en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno”. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 91.

Por su parte, Zagrebelsky señala, respecto al derecho en general, que este implica un conjunto de condiciones en las que se deben mover las actividades privadas y públicas para que queden salvaguardados intereses materiales no disponibles, siendo un orden objetivo para limitar la inestabilidad de las voluntades, es decir, sería un orden superior tanto a las voluntades en lo individual, como a su expresión a través del principio de mayoría. *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 94.

De hecho, en México, la SCJN ya se ha pronunciado también en ese sentido, al afirmar que “uno de los caracteres esenciales de las garantías individuales se traduce en su capacidad de operar como límite a las decisiones mayoritarias (sea bajo la denominación de interés público o de derechos constitucionales de terceros): las garantías constitucionales son indisponibles —en su núcleo esencial— para todos los poderes públicos, incluido el legislador”. Pleno de la SCJN, sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 93.

⁷² Ferrajoli indica que los derechos fundamentales son las “reglas del estado de derecho”, mismas que establecen qué no se debe o se debe decidir, imponiendo prohibiciones y obligaciones a los poderes del Estado. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 5a. ed., Trotta, 2001, p. 858.

A mayor abundamiento, el citado jurista italiano indica que: “Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado”. *Ibidem*, p. 859.

⁷³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 42 y 43.

inviolable”, considerado a la par del derecho a la vida y a la libertad, lo cual es un postulado del primer liberalismo. Según el catedrático de Camerino, en tal postura hay un equívoco ocasionado por el carácter polisémico de la expresión “derecho de propiedad”, con el que se designa al mismo tiempo el “derecho a ser propietario” y el “concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”⁷⁴.

En este tenor, el “derecho a ser propietario” sería un derecho fundamental (concretamente, uno de los llamados “derechos civiles” en la doctrina ferrajoliana), mientras que el “concreto derecho de propiedad sobre un bien” sería un derecho de los que llama patrimonial. Entre ambos tipos de derechos existen cuatro diferencias estructurales⁷⁵:

- La primera diferencia consiste en que los derechos fundamentales son universales (*omnium*) mientras que los derechos “patrimoniales” son singulares (*singuli*), en tanto la titularidad de los primeros pertenecen a todos, mientras que en los segundos existe un titular determinado para cada uno de ellos con exclusión de todos los demás, es decir, los derechos fundamentales son inclusivos, en tanto los derechos “patrimoniales” son exclusivos. Y nos ejemplifica Ferrajoli diciendo que todos somos igualmente libres de manifestar nuestra forma de pensar, igualmente inmunes frente a detenciones arbitrarias, e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación; pero cada uno es acreedor o propietario de diferentes cosas y en diferente medida (*v.gr.* una persona es propietaria de un vestido o de una casa, es decir, de objetos diversos a los que otras personas son propietarios)⁷⁶.

De este modo se resuelven muchas aparentes aporías. Cuando se habla del “derecho de propiedad” como de un “derecho de ciudadanía” o “civil” semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho de hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso al derecho fundamental de inmunidad frente agresiones⁷⁷.

- La segunda diferencia, a decir de Ferrajoli, es que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos (se los sustrae de decisiones de la política y del mercado); en tanto los derechos “patrimoniales” (desde la propiedad privada hasta los derechos de crédito) son disponibles, negociables y alienables⁷⁸. Mientras que no hay posibilidad de ser jurídicamente

⁷⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁷⁷ *Idem*, y p. 47.

⁷⁸ Esta segunda diferencia de Ferrajoli no es tan acertada como la primera. De hecho existen derechos subjetivos que son “patrimoniales” pero son indisponibles (en tanto no son renunciables ni transmisibles por actos *inter vivos*) a pesar de tener contenido económico, como por ejemplo, los derechos autorales conocidos como “derechos de simple remuneración” y, en particular, el más común de estos derechos: el *droit de suite*, contemplado con esas características en ordenamientos como el Convenio de Berna, la LFDA mexicana o la Directiva 2001/84/CE de la Unión Europea relativa al “derecho de participación”, entre otros ordenamientos.

más libres, sí es posibles hacerse jurídicamente más ricos. Luigi Ferrajoli distingue entre indisponibilidad activa y pasiva, consistente la primera la imposibilidad del sujeto titular de alienar su derecho, mientras que la segunda consistiría en que los derechos no son expropiables ni limitables por otros sujetos; así, los derechos patrimoniales pueden ser objeto de cambio en el mercado y expropiables por el Estado, mientras que los derechos fundamentales no pueden ser materia de expropiación o privación alguna. De tal forma, que si una norma permitiera la disposición de los derechos fundamentales (por ejemplo, admitiendo la esclavitud o la alienación del voto), esto significaría su “degradación” a derechos patrimoniales, ya que “la vida, la libertad personal o el derecho al voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles”⁷⁹.

- La tercera diferencia radica en que los derechos “patrimoniales” están destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos⁸⁰ (contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, etc.); mientras que los derechos fundamentales tienen su título inmediato en la ley (son conferidos *ex lege*), por lo general en normas de rango constitucional. Esta idea trata de ser simplificada por Ferrajoli indicando que los derechos fundamentales *son normas*, mientras que los derechos patrimoniales estarían *predispuestos por normas*⁸¹; los derechos fundamentales serían normas téticas (disponen situaciones expresadas mediante ellas), mientras que las normas que prevén los derechos patrimoniales sería normas hipotéticas (no imponen ni adscriben inmediatamente nada, sino que predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos en ellas)⁸².
- La cuarta diferencia es que los derechos patrimoniales son horizontales, mientras que los fundamentales son verticales. Esto en un doble sentido. En primer lugar, porque las relaciones de los titulares de los derechos patrimoniales son de tipo “civilista”, mientras las de los titulares de derechos fundamentales son de tipo publicista, es decir, del individuo (sólo o también) ante el Estado⁸³. Y en segundo lugar,

en el sentido de que los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales cuando tengan expresión en normas

Únicamente para ejemplificar las características del *droit de suite*, y a reserva de tratar con mayor amplitud los derechos de simple remuneración en el capítulo segundo de la presente investigación, citaremos el a. 14 Ter.1 del Convenio de Berna: “En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”.

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 47 y 48.

⁸⁰ Aquí Ferrajoli utiliza la expresión “acto jurídico” en un sentido amplio, lo que, conforme al sistema jurídico mexicano, sería un hecho jurídico *lato sensu*.

⁸¹ Como se verá más adelante, a diferencia de Ferrajoli, Robert Alexy distingue claramente entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental (lo cual es, a nuestro entender, más acertado).

⁸² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 48 y 49.

⁸³ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos⁸⁴.

De estas cuatro diferencias con las que Ferrajoli sustenta su tesis de distinción entre los derechos fundamentales y los derechos “patrimoniales”, estimamos como la más importante (y acertada) la primera, es decir, aquella que toma en cuenta si el derecho es universal o si está atribuido singularmente a alguien.

En cuanto a la *segunda tesis* del autor que se estudia, esta consiste en vincular los derechos fundamentales a la democracia substancial. Cuando se quiere garantizar un interés o necesidad vital, se le sustrae del mercado y de las decisiones de la mayoría, tutelándose a través de un derecho fundamental. Por lo tanto, el contenido de los derechos fundamentales dan substancia y límites a las decisiones de las mayorías en una democracia; así el principio formal de la democracia política, es decir, quién decide y cómo se decide (soberanía popular y regla de la mayoría) se subordina a los contenidos substanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos “a lo que no es lícito decidir” y “a lo que no es lícito no decidir”⁸⁵.

La *tercera tesis* se refiere a la internacionalización de los derechos fundamentales. Como consecuencia de las cartas y tratados sobre “derechos humanos” de la ONU, ya no sólo hay derechos fundamentales dentro de los estados y previstos en sus respectivas constituciones, sino que se convirtieron en derechos supranacionales a los que los estados se encuentran vinculados y sometidos. No habría ya, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de su ciudadanía⁸⁶.

La *cuarta tesis*, y la más importante para Ferrajoli, es la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, las garantías son las técnicas idóneas para asegurar la efectiva tutela o satisfacción de un derecho⁸⁷. Originalmente, la expresión “garantía” se refería a una institución derivada del derecho romano, dirigida para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los relativos derechos patrimoniales (así, existen garantías reales como la prenda o la hipoteca, y garantías personales como la fianza o el aval). Sin embargo, el significado del término “garantías” se ha ampliado, pudiendo aplicarse a la teoría del derecho y, en particular, al campo de los derechos subjetivos, sean fundamentales o patrimoniales⁸⁸.

En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte

⁸⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 51 y 52.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 55. De hecho, nuestro autor advierte que, ante el fenómeno de la inmigración masiva a las naciones económicamente acomodadas en Europa, se está pretendiendo negar el carácter universal de los derechos fundamentales, y concederlos sólo en base a criterios de ciudadanía.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México, trad. Marina Gascón, FD-UNAM, 2006, p. 10.

Cabe destacar que desde hace algunos años, lo mejor de la doctrina mexicana ya había puesto en evidencia la distinción entre derechos subjetivos y sus garantías. En este sentido, Fix-Zamudio indica que, desde un punto de vista preciso y técnico, las garantías constitucionales son los “medios procesales para hacer efectivas las disposiciones constitucionales cuando las mismas son infringidas o desconocidas por las autoridades, reintegrando el orden jurídico violado”. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 45, p. 108.

⁸⁸ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, 2006, pp. 29 a 31.

de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos, y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder⁸⁹.

Nuestro autor diferencia rotundamente a los derechos subjetivos de sus garantías, indicando que ignorar esa distinción (y confundir derechos y garantías) significaría la descalificación jurídica de las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del s. XX: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales⁹⁰.

En este orden de ideas, Ferrajoli entiende por *derecho subjetivo* las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica⁹¹.

Y en cambio, las *garantías* serían los correspondientes deberes dictados por las normas jurídicas. Estas garantías serían *primarias*, si se tratan de las obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos subjetivos; o bien, *secundarias*, si son las obligaciones de segundo grado, es decir, de aplicar una sanción o declarar la nulidad de la violación a las garantías primarias^{92, 93}.

A las normas jurídicas que disponen obligaciones y prohibiciones (que incluyen las garantías primarias) Ferrajoli las denomina normas primarias, mientras que son normas secundarias las que predisponen las garantías secundarias de anulación o sanción para los casos de violación a las normas y garantías primarias⁹⁴.

Como consecuencia, el autor en estudio señala que es posible que no exista “la obligación o prohibición correlativa a un derechos subjetivo”, lo que se traduciría en una *laguna primaria*; de igual forma, estaríamos frente a una *laguna secundaria* por el “defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar” las violaciones a las garantías primarias. Sin embargo, Ferrajoli indica que esas lagunas no deben llevarnos a negar la existencia de los derechos subjetivos, sino que únicamente se puede lamentar la laguna que los hace “derechos de papel” y afirmar la obligación de colmar esas lagunas⁹⁵.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, p. 59.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Idem*.

Miguel Carbonell explica claramente esta clasificación: “Existen también, en la caracterización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias”. *Cfr.* Carbonell, Miguel, “Presentación” en Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 87, p. 5.

⁹³ Ferrajoli hace también otra clasificación de garantías: las positivas y las negativas. Son garantías positivas las obligaciones de prestación (obligación de comisión); mientras que las garantías negativas son las prohibiciones de lesión (obligación de omisión); ambas se derivan de las expectativas de prestaciones o de no lesiones que se derivan del derecho subjetivo. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 72, p. 33.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 61 y 62.

En fin, cabe indicar que en la teoría jurídica contemporánea, la expresión “garantismo” nos remite inmediatamente al pensamiento de Luigi Ferrajoli⁹⁶; de hecho es él mismo quien establece que el término “garantismo” se utiliza en tres sentidos o acepciones⁹⁷:

- a) Como un modelo normativo de derecho.- En materia constitucional será garantista el sistema si tiene técnicas coercitivas (garantías) idóneas de invalidación y reparación, para asegurar la *efectividad* de los derechos proclamados;
- b) Como una teoría jurídica de la *validez* y *efectividad* de las normas.- Lo que implica distinguir entre derecho válido y derecho efectivo, reclamándose a los jueces y juristas una crítica a ambos aspectos del derecho vigente;
- c) Como una filosofía política.- Que impone al derecho y al Estado la justificación externa (ética y política) conforme a los bienes e intereses cuyo propósito es tutelar y garantizar.

Para los efectos de esta investigación no es necesario profundizar sobre la teoría general del garantismo de Ferrajoli, bástenos destacar –como lo hace ese pensador– que tal teoría puede aplicarse a diversos sectores del ordenamiento jurídico (civil, penal, constitucional, administrativo, laboral, etc.)⁹⁸.

2.3.- Definición de Robert Alexy.

La teoría de los derechos fundamentales desarrollada por el catedrático alemán, Robert Alexy, es una teoría jurídica general de tales derechos; con ello –nos explica en su principal obra sobre el tema: *Teoría de los derechos fundamentales*– pretende distinguirla de otros tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, como por ejemplo las históricas, las filosóficas o las sociológicas⁹⁹. Esto, en nuestra opinión, es algo bastante positivo, pues genera precisión sobre el nivel discursivo en el que se encuentra, así como los alcances que se le puede dar a dicha teoría.

Las tres características que tal autor puntualiza de su teoría son las siguientes¹⁰⁰:

- Es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn; lo que la distingue de teorías sobre derechos fundamentales vigentes en el pasado (teorías histórico-jurídicas), como de las teorías acerca de los derechos fundamentales en

⁹⁶ Marina Gascón nos refiere este fenómeno, e indica que la obra de Ferrajoli está sustentada en una teoría general del derecho, que resulta actualmente imprescindible, aunque se disienta de ella en todo o en parte. Esta teoría sería la teoría propia del Estado constitucional de derecho, cuyo fin y fundamento es la tutela de las libertades individuales frente al ejercicio arbitrario del poder, “particularmente odioso” en materia penal. Cfr. Gascón Abellán, Marina, “La teoría del garantismo: rasgos principales” en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta / IJ-UNAM, 2005, p. 21.

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 72, pp. 851 a 853.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 854.

⁹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 27 y 28.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 28 a 35.

general (teorías teórico-jurídicas), y de las teorías sobre derechos fundamentales contempladas en otros ordenamientos¹⁰¹;

- Es una teoría jurídica de los derechos fundamentales; en tanto está orientada a la tarea práctica del derecho y está inserta en las tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa¹⁰²; y
- Es una teoría general de los derechos fundamentales; en tanto considera los problemas relativos a todos los derechos fundamentales (o a todos los de un determinado tipo), y no se tratan problemas específicos de algunos de los derechos fundamentales.

Ahora bien, según su teoría ¿qué es un derecho fundamental para Alexy? Según este autor, el *derecho fundamental como un todo* es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas en forma recíproca y adscritas a una disposición iusfundamental¹⁰³. Para comprender a cabalidad esta idea de Alexy, es necesario explicar cada uno de los elementos que la componen.

En primer lugar, hay que distinguir entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental, pues aunque existan conexiones estrechas entre esas nociones, no son lo mismo: siempre que alguien tiene un derecho fundamental es porque existe un norma derecho fundamental que le confiere ese derecho, pero resulta dudoso que toda norma de

¹⁰¹ Al estar circunscrita a la Constitución alemana, la teoría de Alexy nos muestra su vocación dogmática, lo que la distingue de la de Ferrajoli, pues esta última no está restringida a ningún ordenamiento jurídico concreto. No obstante lo anterior, creemos que buena parte de la teoría de Alexy puede aplicarse a México (o a cualquier país de tradición neorromana) dado su fuerte énfasis en los aspectos estructurales, y dado que su principal aportación o núcleo (la teoría de los principios) no es de aplicación exclusiva al sistema jurídico alemán, como nos demuestran las sentencias de otros países europeos y latinoamericanos (incluido México).

Coincide en esta observación en cuanto a la aplicación de la teoría alexiana a México, Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, 2a. ed., IJ-UNAM, 2006, pp. 26 y 27.

Asimismo, Sergio López-Ayllón ha utilizado la teoría de Alexy como marco conceptual de análisis de la Constitución mexicana. Cfr. López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental” en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 158 y ss.

De hecho, García Manrique destaca la trascendencia de la teoría de Alexy para juristas españoles y de otros países, afirmando que “el alto grado de abstracción de la teoría de Alexy, que es una teoría general, permite aplicarla en buena parte sin alteraciones a un marco jurídico diferente del germano”. Cfr. García Manrique, Ricardo, “Presentación” en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 18 y 19.

En igual sentido cfr. Calderón Villegas, Juan Jacobo, *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad de Caldas, 2004, p. 127.

¹⁰² Para una explicación de esas tres dimensiones cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 30 a 33.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 244.

En lugar de la expresión “derecho fundamental como un todo” (*Grundrecht als Ganzes*), Bernal Pulido prefiere hablar de “derecho fundamental en sentido lato”. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 77 y 78.

derecho fundamental otorgue derechos¹⁰⁴. Es decir, sin norma no hay derechos, pero pueden existir normas que no otorguen derechos.

Una vez hecha esa distinción, nuestro autor procede a explicar lo que debe entenderse por “norma de derecho fundamental”, para lo cual, y a través de una concepción semántica, define previamente a la “norma” en general y la distingue de los “enunciados normativos”.

La diferenciación entre “norma” y “enunciado normativo” (o “disposición normativa”) es muy común en la teoría jurídica contemporánea. Riccardo Guastini nos explica que “disposición” es todo aquel enunciado que pertenece a una fuente del derecho, mientras que la “norma” sería el contenido *significativo* de la disposición; de forma que la disposición es el objeto de la actividad interpretativa, mientras que la norma es el resultado de esa actividad¹⁰⁵.

Como ejemplo, Alexy se refiere al enunciado normativo: “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”, del cual se desprende una norma que prohíbe la extradición de alemanes al extranjero. Así las cosas, la norma es el significado del enunciado normativo. Empero, la misma norma puede ser expresada a través de diversos enunciados normativos: “Está prohibido extraditar alemanes al extranjero”, “Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero” o “Los alemanes no serán extraditados al extranjero”. Incluso, las normas pueden expresarse sin necesidad de enunciados normativos, como sucede con las luces de un semáforo. Por lo tanto, queda manifiesto que no es lo mismo la norma que el enunciado normativo¹⁰⁶.

Una vez hechas esas aclaraciones, se puede avanzar hacia una noción de “norma de derecho fundamental”. Son normas de derecho fundamental aquellas que son expresadas por medio de *disposiciones de derecho fundamental* o *disposiciones iusfundamentales*¹⁰⁷. Esto nos plantea una nueva cuestión: ¿cuáles son los enunciados normativos que pueden considerarse disposiciones de derecho fundamental?

Alexy afirma que esta pregunta debe contestarse con base en criterios formales, y no en criterios materiales o estructurales. Por lo tanto, con especial referencia la Ley Fundamental alemana, son disposiciones de derecho fundamentales las contenidas en el capítulo intitulado “Derechos fundamentales” y las disposiciones derivadas del catálogo de derechos contenido en el a. 93, párrafo primero, núm. 4, de la mencionada Ley Fundamental, derechos respecto de los que procede el recurso de inconstitucionalidad. Así las cosas, si son disposiciones de derecho fundamental las formuladas en los aa. 1º a 19, 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, son *normas de derecho*

¹⁰⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 47. Como ya se vio (*supra* apartado 2.2), Luigi Ferrajoli no hace esa diferenciación.

¹⁰⁵ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999, pp. 100 y 101.

La misma distinción es hecha por Atienza y Ruiz Manero, aunque con un lenguaje menos ortodoxo; para ellos las “oraciones jurídicas” son el objeto de la interpretación, mientras que los “enunciados jurídicos” serían las normas, es decir, el resultado de la interpretación. *Cfr.*, Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 2a. ed., Ariel, 2004, p. 19.

¹⁰⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 51.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 62 y 63. Para evitar la expresión “enunciado normativo de derecho fundamental”, la cual es considerada “algo pesada” por nuestro autor, Alexy se inclina por el término “disposición de derecho fundamental”. Esta expresión es también usada por Borowski, quien afirma: “La disposición de derecho fundamental es un caso especial de un enunciado, específicamente, el enunciado de un derecho fundamental”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 27.

fundamental las que se desprendan de esos enunciados¹⁰⁸. Hay que recordar que por cuestiones metodológicas, la teoría de Alexy se centra únicamente en los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental de Bonn; lo que no implica que la parte sustantiva de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales no sean disposiciones de derecho fundamental de donde se deriven normas de derecho fundamental.

Sin embargo, con lo anterior no se agotan las normas de derecho fundamental en la teoría alexiana, pues en muchos casos también pueden ser consideradas con tal carácter normas adscritas¹⁰⁹, que permiten el “descubrimiento de nuevas normas de derechos fundamentales”¹¹⁰. La determinación de si una norma adscrita es o no una norma de derecho fundamental, dependerá de si se puede lograr o no dar una argumentación iusfundamental correcta¹¹¹, es decir, dar razones jurídicas de peso para concluir que cierta norma es una norma adscrita de derecho fundamental.

Profundizando sobre las normas adscritas, hay que distinguir entre estas y las normas directamente estatuidas, lo cual no es una diferencia de cualitativa o de rango, sino en cuanto a su grado de generalidad y forma de fundamentación. Las *normas de derecho fundamental directamente estatuidas* se fundan inmediata y directamente en el texto constitucional, por lo que el vínculo entre una disposición iusfundamental y su norma directamente estatuida es de “traducción inmediata”; mientras que las *normas adscritas* surgen de una fundamentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas, lo que se presenta en los casos en que la solución no emane directamente del texto constitucional (que son la mayoría). El juez constitucional tiene un deber de fundamentar correctamente la concreción de normas adscritas, toda vez que esa concreción no implica la creación ni imposición de una nueva norma, sino una aseveración interpretativa; esto implica el deber de considerar todos los argumentos que jueguen a favor y en contra de la adscripción de la norma¹¹².

¹⁰⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 65.

Aplicando este criterio formal a México, serían disposiciones de derecho fundamental las contenidas en el capítulo I del título primero de nuestra Constitución (aa. 1º a 29), así como las contenidas en los tratados en la materia que se incorporen al derecho mexicano en términos del a. 133 constitucional. Normas de derecho fundamental serían las que interpretativamente se desprendan de todas esas disposiciones.

No obstante reconocer que estos criterios formales referidos a los catálogos positivos de derechos fundamentales son útiles desde un punto de vista práctico, Alexy afirma que en el trasfondo deben siempre existir criterios materiales. *Vid.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 36, p. 23.

¹⁰⁹ Hay casos en que la norma de derecho fundamental es semánticamente abierta, por lo que se dictan normas legales que las precisan, a las que se les llama normas adscritas. Entre el primero y segundo tipo de normas hay una relación de precisión, así como una relación de fundamentación (pues la norma adscrita o precisante, debe estar fundamentada en la norma precisada). *Cfr. ibidem*, p. 66 a 70.

Por su parte, Bernal Pulido explica que la mayor parte de las disposiciones de derecho fundamental tienen un alto grado de indeterminación normativa, lo que ocasiona que a cada una de esas disposiciones pueda serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental; esa interpretación puede hacerse mediante todos los métodos tradicionales de interpretación jurídica, desde el literal hasta el teleológico, siendo este último el que suele jugar un rol destacado. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 79 y 621.

¹¹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 72.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 71.

¹¹² Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 110, 111, 113, 126 y 127.

Adaptando a nuestro texto constitucional un ejemplo de Bernal Pulido, podríamos decir que una norma directamente estatuida por nuestra Constitución sería la que deriva del siguiente texto: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito” (a. 9º), la cual establecería la libertad positiva de asociación, es decir, el derecho a asociarse. Sin embargo, si el juez constitucional tiene

La importancia de las normas de derecho fundamental deriva de dos aspectos: su fundamentalidad formal y su fundamentalidad material. La fundamentalidad formal deriva de su ubicación en la cúspide del sistema jurídico, mientras la fundamentalidad material deriva de que en estas normas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad¹¹³.

Ahora bien, un punto clave en la teoría de Robert Alexy es la *estructura* de las normas de derecho fundamental. Dado el especial interés que para la presente investigación tienen los temas relativos a la estructura de las normas de derecho fundamental (distinción entre principios y reglas, la colisión entre estos y aquellos, el principio de proporcionalidad, etc.), los trataremos por separado y con mayor detalle dentro de este mismo capítulo (*vid. infra* el apartado 3.1), por lo que a continuación sólo haremos unas menciones mínimas para no cercenar el hilo expositivo de las ideas del profesor Alexy.

Según el autor en glosa, en cuanto a las distinciones teórico-estructurales, la más importante para los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios, en tanto es la base de la argumentación iusfundamental y clave para resolver problemas torales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin dicha distinción es imposible la existencia de una teoría adecuada de los límites, ni una satisfactoria teoría de la colisión, ni una teoría suficiente sobre el papel que le corresponde a los derechos fundamentales en el sistema jurídico¹¹⁴. La distinción entre principios y reglas es expuesta *infra*; bástenos por el momento adelantar que en la teoría en estudio los principios son concebidos como mandatos de optimización¹¹⁵.

En cuanto a la estructura de las normas de derecho fundamental, Alexy sustenta un sistema mixto, en el sentido de que

no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto a reglas como a principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble¹¹⁶.

Una vez explicados los conceptos de disposición de derecho fundamental y norma de derecho fundamental, hay que pasar a otro concepto esencial en la teoría de Alexy: el derecho fundamental como derecho subjetivo.

El citado académico alemán indica que lo importante en una teoría estructural de los derechos fundamentales son, principalmente, las cuestiones analíticas, por lo que para una consideración analítica de los derechos subjetivos, hay que distinguir entre *norma* y

que resolver sobre la constitucionalidad de una ley que obligue a los comerciantes a asociarse, no encontrará en el texto constitucional una norma directamente estatuida que establezca la libertad negativa de asociación (derecho a no asociarse), sin embargo mediante una argumentación iusfundamental correcta, el juez puede llegar a una norma adscrita de derecho fundamental que establezca que toda persona tiene derecho a no asociarse; esa norma adscrita se fundamentaría en la norma directamente estatuida por el artículo 9º constitucional.

¹¹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 503 y 505.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 86.

La consecuencia de esta concepción es que, como se detalla más adelante en este mismo capítulo, los conflictos entre principios se resuelven mediante *ponderación*, y no mediante *subsunción* como sucedería en las colisiones de reglas. Este es uno de los puntos centrales de la tesis que se sustenta en la presente investigación.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 138.

posición. La norma, como ya se vio, es lo que expresa un enunciado normativo; en cambio, la posición será la situación de los sujetos regulados por la norma. Así, cuando la Constitución alemana establece que cada cual tiene derecho a expresar libremente su opinión, se está formulando una norma universal, que puede individualizarse en los siguientes términos: “*a* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”, en donde *a* se encuentra frente al Estado en una *posición* (consistente, precisamente, en tener un derecho frente a alguien, en este caso el Estado); por lo tanto, si *a* tiene frente a *b* un derecho a *G* (que se podría sintetizar en “*DabG*”), la posición jurídica de *a* es la de tener frente a *b* un derecho a *G*¹¹⁷.

Si bien lo anterior pudiera parecer superfluo, es importante mencionarlo para poder conocer las *propiedades normativas* de personas y acciones, así como las *relaciones normativas* entre personas y entre personas y acciones. Esto dado que, generalmente, las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de acciones o personas; por ejemplo, si una norma prohíbe a *a* hacer *h*, le confiere a *a* la propiedad de ser alguien a quien le está prohibido *h* (posición en la que *a* es colocado a través de la norma); y las relaciones se darán entre los sujetos aludidos por las normas, por ejemplo, cuando se dice que *a* tiene un derecho frente a *b*, habrá una relación entre *a* y *b*. Es por eso que Alexy aconseja “concebir a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones de este tipo”¹¹⁸.

Desde hace tiempo Hohfeld denunció que la expresión “derecho subjetivo” tiende a ser usada amplia e indiscriminadamente para referirse a cuestiones diversas¹¹⁹. Ante esta problemática, Robert Alexy se plantea la siguiente disyuntiva: “¿Debe reservarse la expresión ‘derecho (subjetivo)’, cuya ambigüedad y vaguedad es realmente extraordinaria, sólo para algunas posiciones o debe ser utilizada en un sentido lo más amplio posible?”¹²⁰. A lo que contesta que la primera vía implica el peligro de generar una polémica estéril sobre el concepto de “derecho subjetivo”; por lo que se decanta por utilizar dicha expresión conforme al uso corriente, como un concepto general para posiciones muy diferentes, para luego hacer las correspondientes distinciones y caracterizaciones terminológicas, pues lo que estima más importante es conocer la estructura de las diferentes posiciones¹²¹.

En la vena de la mejor escuela analítica, Alexy nos dice que las posiciones designadas como “derechos” pueden ser tres¹²²:

- Derechos a algo;
- Libertades; y
- Competencias¹²³.

En primer lugar, habremos de referirnos a *los derechos a algo*. Estos derechos se pueden concebir como una relación triádica en la que el primer elemento es el titular del

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹¹⁹ Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, trad. Genaro R. Carrió, 5a. reimp., Fontamara, 2004, pp. 50 y ss.

¹²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 185.

¹²¹ *Idem*.

¹²² *Ibidem*, p. 186.

¹²³ Aun que Borowski apunta que, en el campo de los derechos fundamentales, son los “derechos a algo” los que casi siempre aparecen en el trasfondo. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 26.

En el mismo sentido, Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 82

derecho (el que será referido como *a*), el segundo elemento es el destinatario del derecho (*b*), y el tercer elemento es el objeto del derecho (*G*). La forma más común de enunciar un derecho a algo es la siguiente¹²⁴:

a tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Lo anterior puede sintetizarse mediante una fórmula añadiendo el operador “*D*”, que indica que se trata de un derecho¹²⁵:

DabG

El objeto (*G*) siempre es una acción del destinatario, ya sea una acción positiva (un hacer) o una acción negativa (una omisión). Esto, incluso, en casos de derechos expresados mediante estructuras diádicas, como por ejemplo: “Todos tienen derecho a la vida”, que puede ser expresado con la fórmula triádica *DabG* así: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros”, e incluso: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate”. En ambos casos quedan evidenciadas las acciones a cargo del destinatario (*b*) que constituyen el objeto del derecho (*G*). Así, la frase “Todos tienen derecho a la vida” es sólo una simplificación que en realidad expresa un derecho a algo¹²⁶.

Continúa exponiéndonos nuestro autor que las diferencias entre acciones positivas y negativas constituyen el criterio principal para dividir los derechos a algo, según su objeto. De forma que en el ámbito de los derechos frente al Estado, los derechos a acciones negativas suelen llamarse “derechos de defensa”, y los derechos a acciones positivas coinciden parcialmente con los llamados “derechos a prestaciones”¹²⁷. Dado lo útil que nos será esa distinción para el desarrollo de la presente investigación, ahondaremos un poco en ella.

Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) se dividen en tres grupos: derechos a la no obstaculización o impedimento de acciones, derechos a la no afectación de propiedades y situaciones, y derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas¹²⁸. Expliquemos brevemente cada uno de esos grupos.

En los derechos a la no obstaculización o impedimento de acciones, lo que se busca es que el Estado no estorbe al titular del derecho en la realización de cierta acción, como podría ser la expresión de una opinión, la creación de una obra de arte, la elección de una profesión, la reunión en la calle, la educación de los hijos, etc. El estorbamiento de la acción puede realizarse de dos formas: el impedimento o la obstaculización. El impedimento se da cuando el Estado crea circunstancias que hacen fácticamente imposible que una persona realice cierta acción, como por ejemplo, cuando se detiene a una persona se impide su libre desplazamiento, o cuando a alguien se le desprende de sus hijos, queda impedido para educarlos. La obstaculización se da cuando el Estado crea circunstancias que pueden impedir la realización de la acción; por ejemplo, el aumento de los requisitos para

¹²⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 186.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 187.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 187 y 188.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 188.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 189.

acceder a una profesión (los cuales pueden ser cubiertos con grandes esfuerzos por una persona), no impide el acceso a la profesión pero sí la obstaculiza; también hay obstaculizaciones mediante el establecimiento de prohibiciones jurídicas, en donde el sujeto respectivo puede asumir el riesgo derivado de violar la prohibición y realizar la acción (de donde se desprende que no es un impedimento, por ser fácticamente posible la realización de la acción)¹²⁹. La forma estándar de un enunciado relativo a un derecho a la no obstaculización o impedimento de acciones, es la siguiente¹³⁰:

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no le estorbe la realización de la acción *h*.

La cual puede ser sintetizada de la siguiente manera, utilizando “*e*” por Estado, “*Ha*” por “*a* realiza la acción *h*”, y utilizando el signo “ \neg ” para negación¹³¹:

Dae (\neg estorba *e(Ha)*)

El segundo grupo de los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) son los derechos a la no afectación de propiedades, en los cuales el Estado no debe afectar ciertas propiedades o situaciones del titular del derecho. Por ejemplo, son propiedades que pueden ser afectadas, la de vivir o la de estar sano; el Estado afectaría esas propiedades matando al titular del derecho o causándole daños a su salud. Un ejemplo de situación que puede ser afectada, es la inviolabilidad del domicilio¹³². La forma estándar de enunciado sobre este tipo de derechos, es la que se presenta a continuación¹³³:

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*.

Misma que puede ser representada utilizando “*Sa*” tanto para “*a* tiene la propiedad *A*” como para “*a* se encuentra en la situación *B*”, de la siguiente forma¹³⁴:

Dae (\neg afecta *e(Sa)*)

Como tercer y último grupo están los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas. Un ejemplo es la posición jurídica de un propietario, la cual se configura a través de las normas jurídicas que definen la institución jurídica de la propiedad, mismas que se refieren a la creación, finalización y consecuencias jurídicas de la posición de propietario¹³⁵. El enunciado estándar sería¹³⁶:

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 191.

¹³¹ *Idem*.

¹³² *Ibidem*, pp. 191 y 192.

¹³³ *Ibidem*, p. 192.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 192 a 194. Resulta interesante que Alexy indique que hay casos en que la eliminación de una posición jurídica también puede ser considerada como el estorbamiento de una acción.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 194.

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica *PJ* de *a*.

Tal frase puede sintetizarse en la siguiente fórmula, utilizando “*PJa*” para indicar “*a* se encuentra en la posición jurídica *PJ*”¹³⁷:

Dae (\neg elimina *e(PJa)*)

Una vez indicados someramente los tres grupos que integran los derechos a acciones negativas, nos referiremos a los derechos a acciones positivas (que son el segundo tipo de derechos a algo).

Los derechos a acciones positivas pueden dividirse en dos grupos: aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y aquellos que su objeto es una acción jurídica. Los del primer grupo se refiere a acciones positivas fácticas y Alexy los denomina *derechos a prestaciones en sentido estricto*, como por ejemplo, el derecho del dueño de una escuela privada a recibir subvenciones del Estado. Los derechos del segundo grupo con aquellos cuyo objeto son acciones positivas normativas, a los que nuestro autor llama *derechos a prestaciones en sentido amplio*; un ejemplo de este tipo de derechos, es el derecho a que el Estado dicte medidas indispensables para proteger la libertad de ciencia¹³⁸.

Estos dos grupos de derechos a acciones positivas pueden ser expresados con los siguientes enunciados¹³⁹:

a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h_f*.

a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva normativa *h_n*.

Esos enunciados pueden representarse de la siguiente manera, utilizando “*H_fe*” para “el Estado realiza la acción fáctica positiva *h_f*”, y “*H_ne*” para “el Estado realiza la acción normativa positiva *h_n*”¹⁴⁰:

Dae (*H_fe*)

Dae (*H_ne*)

El segundo tipo de posiciones a las que se refiere Alexy, son las *libertades*. En particular, tal autor le da relevancia a la libertad jurídica, cuyo concepto constitutivo es la permisión jurídica¹⁴¹. Las libertades jurídicas son “libertades negativas”, es decir, aquellas en las que hay alternativa de acción¹⁴² (se puede hacer o no hacer algo). Un ejemplo sería el

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 194 a 196. En el apartado 4 del presente capítulo, hacemos algunas referencias adicionales a las ideas de Alexy sobre los derechos a prestaciones.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 196.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 211.

¹⁴² *Ibidem*, p. 214.

siguiente enunciado: “Le está (jurídicamente) permitido a *a* expresar su opinión y a *a* le está (jurídicamente) permitido no expresar su opinión”¹⁴³.

El jurista en estudio clasifica a las libertades jurídicas en no protegidas y protegidas. Las *libertades no protegidas* son permisiones en el sentido más amplio, es decir, como libertades negativas para hacer o no hacer algo¹⁴⁴. Así, para considerar que estamos ante una libertad no protegida se necesita que tanto la acción como la omisión estén calificadas como permitidas; y dicha calificación puede provenir del hecho de que exista una norma explícitamente estatuida que establezca esa permisión (*permisión explícita*), como también puede provenir en la inexistencia de una norma de mandato o prohibición que se refieran a la acción u omisión que se están calificando (*permisión implícita*)¹⁴⁵. Si una libertad está vinculada a un haz de derechos a algo y a normas objetivas que aseguran la posibilidad de realizar las acciones permitidas, estamos ante una *libertad protegida*¹⁴⁶.

A mayor abundamiento, en las libertades protegidas existe un vínculo entre una libertad no protegida y un derecho al no estorbamiento de acciones (derecho a una acción negativa), es decir un derecho que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello que le está permitido¹⁴⁷. De manera que cuando “se habla de derechos fundamentales como ‘derechos de protección’, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales”¹⁴⁸. Esos derechos se vinculan con la *competencia* para hacer valer sus violaciones en vía judicial, de manera que se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado cuando se unen esas tres posiciones: una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación a este derecho¹⁴⁹.

Por último, el tercer tipo de posiciones son las *competencias*. Tanto la celebración de un matrimonio como la emisión de un acto administrativo constituyen el ejercicio de competencias, pues a través de esas acciones se modifica una situación jurídica, es decir, las competencias son las capacidades para modificar situaciones jurídicas¹⁵⁰. Toda competencia deriva de una “norma de competencia”, que son aquellas que crean la posibilidad de actos jurídicos y la consiguiente capacidad de modificar posiciones jurídicas a través de actos jurídicos (estas normas de competencia se distinguen de las “normas de comportamiento”)¹⁵¹. En materia de derechos fundamentales existe un vínculo entre libertad y competencia, ya que, a decir de Alexy¹⁵², el otorgamiento de competencias amplía el campo de acción del individuo.

Si se presupone que el ejercicio de la competencia no será ni ordenado ni prohibido, una ampliación de las competencias del individuo significa un aumento de su libertad jurídica. Por ello, el no otorgamiento o la eliminación de una competencia es un obstáculo a la libertad y, por cierto, de un tipo especialmente eficaz. Por razones conceptuales, hace desaparecer el objeto de la libertad (realizar o no

¹⁴³ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 219.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 226.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 228 y 230.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 232.

¹⁵² *Ibidem*, p. 238.

realizar el acto jurídico). La libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto¹⁵³.

Con lo antes dicho, quedan ya explicados los elementos básicos de la noción de “derecho fundamental como un todo”: un haz de posiciones definitivas y *prima facie* (derechos a algo, libertades, competencias), vinculadas recíprocamente, y adscritas a una disposición iusfundamental¹⁵⁴.

Otro aspecto destacable de la teoría de Alexy es el reconocimiento de un derecho general de libertad, el cuál existe a la par y sin perjuicio de los derechos a determinadas libertades (como la libertad de expresión o la libertad de elegir una profesión)¹⁵⁵. De igual forma, el citado jurista explica la existencia de un derecho general de igualdad, el cual también puede distinguirse de los derechos especiales de igualdad (como el derecho a no ser discriminado en razón de sexo)¹⁵⁶. Dados los propósitos de la presente investigación, nos parece innecesario ahondar sobre estos derechos generales, por lo que remitimos a la obra de Alexy para mayor información sobre los mismos.

En cambio, sí resulta importante para este trabajo las ideas de Robert Alexy sobre los efectos de los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales en el resto del sistema jurídico. En este sentido, las normas de derecho fundamental no sólo tienen repercusiones en las relaciones Estado/ciudadano, sino también en las que se dan a nivel ciudadano/ciudadano; en particular esa influencia es apreciable en la jurisdicción civil, lo que implica un efecto de las normas iusfundamentales en las normas de derecho civil¹⁵⁷.

Los derechos fundamentales tienen un efecto de irradiación¹⁵⁸ en el resto del ordenamiento jurídico, y este efecto horizontal de las normas iusfundamentales lleva a lo que Alexy llama el “problema de la construcción”, es decir, cómo las normas de derecho fundamental influyen en la relación ciudadano/ciudadano. Nuestro autor distingue tres teorías de la construcción, mismas que se indican a continuación¹⁵⁹.

La primera teoría es la del *efecto mediato* en terceros, y afirma que los derechos fundamentales son principios objetivos que influyen en la interpretación del derecho

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 244.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 331.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 331 y 381.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 507.

Sobre este punto nos explica claramente Mijail Mendoza: “Los derechos fundamentales vinculan en las relaciones jurídico privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen en la misma tienen en base a aquéllos un mandato, una prohibición o una permisión”. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, p. 106.

¹⁵⁸ Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 72 a 74.

Sánchez Gil indica que el ordenamiento fundamental puede tener un efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) sobre los demás componentes del sistema jurídico, y que este efecto de irradiación se manifiesta principalmente de dos formas: la aplicación de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, p. 47.

En este tenor, Alexy explica que los derechos fundamentales pueden aparecer en todas partes y ser relevantes en cualquier asunto jurídico, de modo que se expanden a todas las áreas del derecho. *Cfr.* Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45.

¹⁵⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 72, p. 511.

privado, pudiéndose incluso extender hasta el grado de justificar decisiones en contra del texto de la ley¹⁶⁰. La segunda teoría es la del *efecto inmediato*, la cual también establece que la influencia en el resto del ordenamiento por parte de los derechos fundamentales deriva de su calidad de derecho objetivo vinculante, que consistiría en la modificación de las normas de derecho privado; mientras que el alcance de la primera teoría apunta al juez, el de la teoría del efecto inmediato apunta tanto al legislador como al juez¹⁶¹. La tercera teoría es la del *efecto producido a través de derechos frente al Estado*, misma que señala que el Estado, al establecer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones a bienes iusfundamentales que, como consecuencia de ese sistema, realiza un ciudadano a otro; se trata de afectaciones imputables al Estado en tanto son intervenciones estatales, pero provocadas privadamente¹⁶².

Si bien las tres teorías tienen diverso alcance, se puede decir que sus resultados son equivalentes en cuanto a la actividad judicial. En ninguna de ellas se soslaya que el destinatario de los derechos fundamentales es el Estado, y no el ciudadano, es decir, no traspasa los derechos fundamentales a la relación ciudadano/ciudadano¹⁶³. Además —y esto es algo muy relevante para la presente investigación—:

Para todas ellas, la medida del efecto iusfundamental en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, una cuestión de ponderación¹⁶⁴. Por cierto, de acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, la ponderación debe realizarse dentro del marco de aplicación del derecho civil respectivamente válido; pero, bajo el presupuesto de un concepto de la aplicación del derecho que en casos especiales admite también decisiones en contra del texto de la ley (por ejemplo, reducción teleológica), de aquí no resulta ninguna exclusión definitiva de resultados posibles en las otras construcciones. También según las otras construcciones, el apartamiento del texto legal debe ser fundado. En las tres teorías, la ponderación puede conducir a reglas relativamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano¹⁶⁵.

Alexy sostiene que cada una de las tres teorías sobre la construcción, subraya acertadamente algunos de los aspectos de las relaciones jurídicas derivadas de los efectos

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 511 y 512.

Mijangos, alude a esta vía como “mediación judicial o instrumentalización alemana”, respecto de la cual indica: “En esta posición se considera preponderante el papel del órgano judicial, ya que el legislador ordinario no puede abarcar las infinitas posibilidades en que los derechos fundamentales pueden entrar en colisión, sino que es el juez, como última parte de la cadena operativa, quien tendrá que determinar, *in situ*, la incidencia de los derechos fundamentales”. Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. 19.

Asimismo, *cfr.* Julio Estrada, Alexei, *op. cit.*, nota 158, pp. 109 a 116.

¹⁶¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 512 y 513.

Mijangos se refiere a esta teoría como de “mediación legislativa”, afirmando que conforme a la misma, los derechos fundamentales son interpretados primeramente por el legislador, quien los desarrolla y despliega normativamente; si bien esta posición no niega el papel del juzgador, lo relega a un nivel secundario frente al legislador. *Cfr.* Mijangos y González, Javier, *op. cit.*, nota 160, p. 16.

Vid. también Julio Estrada, Alexei, *op. cit.*, nota 158, pp. 103 a 109.

¹⁶² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 513.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 514.

¹⁶⁴ Sobre la ponderación profundizamos en el apartado 5.3 del presente capítulo.

¹⁶⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 514 y 515.

frente a terceros, por lo que ninguna de ellas es completa, pero ninguna de ellas es incorrecta¹⁶⁶.

Por tal motivo, Robert Alexy considera que la solución completa se puede obtener mediante un modelo de tres niveles de implicación recíproca: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. La teoría del efecto mediato está situada en el nivel de los deberes del Estado, pues los derechos fundamentales deben ser objetivamente obedecidos tanto en las leyes civiles, como en la jurisprudencia civil. En el segundo nivel encontramos los derechos frente al Estado relevantes para su influencia en terceros. Y en el tercer nivel, se analizan los efectos iusfundamentales en las relaciones entre sujetos privados, lo cual no significa cambiar el destinatario de los derechos fundamentales del Estado a los ciudadanos, toda vez que en una relación ciudadano/ciudadano ambos tienen derechos fundamentales, mientras que el Estado no es titular de un derecho de este tipo. Por cuestiones de funcionalidad, cada uno de los tres niveles mencionados será elegido en cada caso concreto en la respectiva fundamentación jurídica, sin que ningún nivel pretenda primacía sobre los demás¹⁶⁷.

Por último, explica Alexy que el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil vigente (leyes, precedentes y dogmática consensuada), de manera que si, sobre la base de principios iusfundamentales se va a apartar de lo anterior, tiene que asumir la carga de la prueba, es decir, hay una exigencia de fundamentación especial¹⁶⁸.

3.- *Las normas de derecho fundamental como principios.*

Actualmente se reconoce que las normas de derecho fundamental son preponderantemente principios. Esto trae importantes consecuencias, sobre todo al momento de su aplicación, por lo que a continuación procederemos a caracterizar a los principios y distinguirlos de las reglas, señalando su importancia en la moderna concepción de los derechos fundamentales, para concluir indicando dónde podemos encontrar estos principios iusfundamentales en nuestro derecho, es decir, cuáles son las fuentes de los derechos fundamentales en México.

3.1.- *Distinción entre principios y reglas.*

Una consecuencia de la preponderancia del positivismo tradicional (Kelsen o el primer Hart), fue que durante mucho tiempo se concibió al derecho como un sistema de *reglas*. En la actualidad, se reconoce que, además de las reglas, existen otro tipo de normas jurídicas: los principios. Sobre el particular, Riccardo Guastini nos refiere:

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 515.

Con base al análisis jurisprudencial y a nuestro sistema de amparo vigente, Silva García y Silva Meza estiman que en México hay una eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales, porque aunque los conflictos entre particulares se resuelven en la jurisdicción ordinaria, la última instancia corresponde a un análisis constitucional (amparo) donde puede haber un pronunciamiento sobre los derechos fundamentales involucrados en esas relaciones entre particulares. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 127.

¹⁶⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 516, 520, 521 y 522.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 523.

Como ya se ha mencionado, si se entiende por “norma”, como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que los principios no son más que normas o, si se prefiere, una especie del género normas: las “normas de principio”, específicamente¹⁶⁹.

Aunque los principios no eran un tema desconocido en la teoría jurídica y en la praxis judicial, lo cierto es que estaban en una especie de abandono. Fue Ronald Dworkin quien, al atacar la visión positivista imperante que veía al derecho como un sistema de reglas, puso a los principios en el centro del debate jurídico, y desde entonces son uno de los tópicos más importantes en la teoría del derecho contemporánea¹⁷⁰.

Una de las principales críticas que hizo Dworkin a la teoría del derecho de H.L.A. Hart, fue que el segundo desconocía la existencia de principios y su importancia en el razonamiento judicial¹⁷¹. Para demostrar su crítica, Dworkin utilizó como ejemplo de la distinción entre principios y reglas el caso *Riggs v. Palmer*, decidido en 1889 por un tribunal de Nueva York. En este asunto, una persona había matado a su abuelo para obtener su herencia, toda vez que el abuelo lo había designado heredero en su testamento; sin embargo, el tribunal decidió que el homicida no recibiera la herencia, toda vez que aplicó un principio por virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar provecho a su propia injusticia o adquirir una propiedad por su propio delito¹⁷².

Otro ejemplo proporcionado por Dworkin es el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, resuelto por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. En tal asunto, el señor Henningsen sufrió un accidente automovilístico, y reclamó a Bloomfield Motors, Inc. que se responsabilizara por los gastos médicos; sin embargo, la empresa demandada alegó que había celebrado un contrato de compraventa con el actor en el que se pactaba que la responsabilidad del fabricante por defectos quedaba únicamente limitada a la reparación de partes defectuosas, y que esa garantía “expresamente reemplaza a cualesquiera otras

¹⁶⁹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 105, p. 144.

De igual forma, Alexy explica: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas”. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006, p. 9.

En otro trabajo, el propio Alexy advierte que: “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. (...) La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 83.

En el mismo sentido, *cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 111; Gil Rendón, Raymundo, *op. cit.*, nota 21, pp. 18 y 19; Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 143; y Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2002, p. 73.

¹⁷⁰ Si bien Esser y Kaufmann estudiaron el tema de los principios antes que Dworkin, la verdad es que las aportaciones de Dworkin tuvieron mayor impacto en la teoría del derecho. *Cfr.* Santos, José Antonio, “Sobre normas y principios en la doctrina alemana”, *Ars iuris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, Universidad Panamericana, núm. 39, 2008, pp. 266 y ss; Ávila, Humberto, *Theory of legal principles*, Países Bajos, Springer, 2007, p. 8; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 11, p. 76.

¹⁷¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 71, p. 72.

La traducción al español en la que nos basamos utiliza las expresiones “principios” y “normas”, cuando la versión original en inglés habla “principles” y “rules” (*cfr.* Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, EUA, Harvard University Press, 1978, pp. 14 y ss); para mayor claridad en los conceptos y para seguir la terminología imperante en la teoría del derecho, nos alejaremos de la literalidad de la traducción española, y utilizaremos los términos “principios” y “reglas”.

Cfr. también Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 170, p. 9.

¹⁷² Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 71, p. 73.

garantías, obligaciones o responsabilidades”¹⁷³, por lo que no estaba obligada a cubrir los gastos médicos. El tribunal falló el asunto a favor de la parte actora, realizando una argumentación a partir de principios, y señalando, entre otras cosas, que la “libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne”, que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, que “los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados”, que es un principio “que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia”, y que “los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra”¹⁷⁴.

Si bien a Dworkin le debemos que haya puesto a los principios en el centro del debate¹⁷⁵, ha sido Robert Alexy quien mayores desarrollos y aportaciones ha hecho sobre el tema¹⁷⁶, llegando a elaborar una “teoría de los principios”¹⁷⁷ (que nos será de suma utilidad en la presente investigación) cuyos postulados son comúnmente aplicados por jueces europeos y, como se verá más adelante, también se empiezan a utilizar por tribunales mexicanos¹⁷⁸.

Así las cosas, queda claro que, en la actualidad, las normas jurídicas pueden distinguirse entre principios y reglas. El estudio de los derechos de autor no puede permanecer ajeno a esta evolución jurídica, por lo que es importante diferenciar los tipos de normas aplicables a la materia, máxime cuando se hace análisis constitucional de la propiedad intelectual, ya que es aceptado que la distinción entre principios y reglas es un tema clave¹⁷⁹ de la hermenéutica jurídica, en general, y del constitucionalismo moderno, en particular.

Ahora bien, ¿cómo distinguir entre principios y reglas? Para mayor facilidad en el tratamiento de este tema, comenzaremos por caracterizar a las reglas.

¹⁷³ Como comentario al margen, cabe destacar que cláusulas de este tipo (*limited warranties*) han proliferado en la práctica autoral mexicana en los contratos de licencia de programas de computación (*software*), como consecuencia de que en la mayoría de los casos son traducciones de formatos hechos en los EUA. Cláusulas de ese tipo suelen ser problemáticas a la luz de las normas mexicanas de responsabilidad civil y de protección al consumidor.

¹⁷⁴ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 71, pp. 73 y 74.

¹⁷⁵ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 2.

¹⁷⁶ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, IJ-UNAM, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, p. 893; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 47; Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 170, pp. 9 a 11; Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 4, abril 1996, p. 97; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 571;

¹⁷⁷ Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, “Las contribuciones del neoconstitucionalismo en la teoría política y jurídica contemporánea” en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gómeo, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 8.

¹⁷⁸ *Vid. infra* el apartado 5.4 del presente capítulo. A manera de adelanto, puede ponerse como ejemplo el caso de los militares con VIH, resuelto por el Pleno de la SCJN.

¹⁷⁹ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 14; Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 176, p. 893; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 81; Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 109.

Las *reglas* son un tipo de normas jurídicas a las que “se obedece”, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas¹⁸⁰. Se trata normalmente de mandatos definitivos, por lo que sólo pueden ser cumplidas o no (en caso de que sean válidas)¹⁸¹, pues su aplicación es “todo o nada”, es decir, de una forma disyuntiva¹⁸². Así, si se cumplen los supuestos fácticos indicados en la regla, entonces se aplican las consecuencias previstas en la misma¹⁸³.

Por consiguiente, la estructura lógica de la regla es la de un juicio hipotético: “si A es, deber ser B”, lo cual se puede simbolizar como “ $A \supset B$ ” (en donde “ \supset ” es un conector que representa la condicional simple, que se lee “si...entonces”)¹⁸⁴. De manera que resulta evidente que, en estos casos, la labor del juez consiste básicamente en revisar si se cumple con la hipótesis normativa (A): si la respuesta es afirmativa, entonces se aplica mecánica y automáticamente la consecuencia jurídica (B); si la respuesta es negativa, resulta que la norma no es aplicable al caso concreto (y por lo tanto, $\sim B$). Es decir, en las reglas hay un hecho condicionante, y una consecuencia que se le sigue lógicamente.

Por lo tanto, la forma de aplicar las reglas es la *subsunción*.

Los conflictos entre reglas se resuelven ya sea introduciendo una excepción en una de las dos reglas que se contradicen, o declarando inválida al menos a una de ellas¹⁸⁵. Los tres criterios clásicos de solución de antinomias entre reglas son el cronológico (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*)¹⁸⁶. En todo caso, se excluye una regla en beneficio de la otra.

Por lo que hace a la caracterización de los *principios*, existen multiplicidad de tesis o criterios para distinguirlos de las reglas, muchos de los cuales suelen ser

¹⁸⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, p. 110.

¹⁸¹ Alexy, Robert, “On structure of legal principles”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre 2000, p. 295.

¹⁸² Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 71, p. 75; Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 158.

¹⁸³ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 135.

Es por eso que Atienza y Ruiz Manero afirman que: “Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto a base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 105, p. 35.

Asimismo, *vid.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 163.

¹⁸⁴ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003, pp. 59 y 60.

Por su parte, el maestro García Máynez, explica lo siguiente respecto de la estructura lógica de las reglas: “Ello indica que tienen dos partes o elementos: supuesto jurídico y disposición normativa. Supuesto jurídico es la hipótesis cuya realización condiciona el nacimiento de las consecuencias de derecho; disposición normativa es la parte de la norma que abstractamente señala cuáles son los deberes (o las facultades) condicionados por la realización del supuesto”. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, 11a. ed., Porrúa, 1999, p. 264.

¹⁸⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 295.

Vid. también, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 169, p. 73.

¹⁸⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 127.

En el mismo sentido, *cfr.* Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 10.

A estos criterios tradicionales, se les suele sumar otros como el de competencia y el de prevalencia. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 127; y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Liliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss.

complementarios¹⁸⁷. Sin embargo, no es este el lugar apropiado para entrar al análisis detallado y crítico de cada uno de ellos, sino que nos enfocaremos a exponer el que, en nuestra opinión, es el más decisivo (y a su vez el más útil para la presente investigación): el estructural.

Al exponer la tesis que caracteriza a los principios en atención a su estructura lógica, Guastini señala que

los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*”), ya que o bien están, sin más privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto¹⁸⁸.

Alexy caracteriza a los principios atendiendo a su estructura. Siguiendo su “teoría de los principios”¹⁸⁹, el jurista alemán indica que el punto decisivo para distinguir los principios de las reglas, es que los primeros son *mandatos de optimización* (utilizando la expresión “mandato” en término amplio, para incluir también permisiones y prohibiciones). Es decir, los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹⁹⁰.

Por lo tanto, a diferencia de las reglas, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo esa medida de cumplimiento de las posibilidades reales (fácticas) y de las posibilidades jurídicas (principios y reglas opuestas)¹⁹¹. Es por eso que Guastini indica que, contrario a lo que sucede con las reglas, los principios no imponen obligaciones absolutas (definitivas) sino sólo obligaciones *prima facie*, que pueden ser superadas o derogadas por otros principios¹⁹².

¹⁸⁷ Por ejemplo, en virtud de su formulación, su contenido normativo, su estructura lógica, su ubicación jerárquica, su función en el razonamiento jurídico, etc. Para una revisión de estos criterios, *cf.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 105, pp. 145 y ss; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, pp. 111 y 112; Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 170, pp. 11 y ss; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 175, pp. 9 y ss.

¹⁸⁸ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 105, p. 145.

Posteriormente, este autor (además de criticar esa concepción de principios) establece que los principios se distinguen de las reglas por una o más combinaciones de algunas de las tesis, entre ellas, las de la estructura lógica. *Ibidem*, pp. 147, 148, 150 y 151.

¹⁸⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, pp. 294 y 295.

¹⁹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 86.

Coinciden también: Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, pp. 48 y 49; Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 176, p. 895; Fernández Nieto, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, Dykinson / Universidad Rey Juan Carlos, 2008, pp. 252 y 258; Sieckmann, Jan-R., “Las propiedades lógicas de los principios” (trad. Cecilia Añños Meza) en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 24.

Entre nosotros, los principios son concebidos como mandatos de optimización por Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 62 y ss; y por Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 163.

¹⁹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 86.

¹⁹² Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 105, p. 151.

En este sentido, Borowski indica: “Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo”, y añade: “Los principios son (...) gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 30, pp. 48 y 49.

En el mismo tenor, *vid.* Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 182, p. 158.

Esta es, pues, la clave de la distinción entre principios y reglas, toda vez que mientras las segundas son *mandatos definitivos*, los primeros son *mandatos de optimización*¹⁹³.

Una consecuencia directa de concebir a los principios como mandatos de optimización, es la particular forma de solucionar las colisiones entre dos principios, lo que probablemente sea la característica que hace más evidente la distinción entre reglas y principios¹⁹⁴. Las colisiones de principios se resuelven en forma diversa que los conflictos de reglas, pues no se invalidará uno de los principios ni se introducirá una cláusula de excepción, sino que un principio cederá ante el otro, es decir, bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro, pero en otras circunstancias la precedencia puede ser al revés. Por ende, en cada *caso concreto* los principios tienen diferente peso y prevalece el principio con mayor peso; de ahí que se diga que, mientras los conflictos de reglas se resuelven en la dimensión de la validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso¹⁹⁵.

Es por eso que Dworkin advirtió con acierto que:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de la protección a los consumidores interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno¹⁹⁶.

Así, de acuerdo con las circunstancias del caso en particular, el juzgador debe establecer una relación de precedencia condicionada, en la que se señalarán las condiciones en las que un principio precede al otro¹⁹⁷. A esta actividad se le llama *ponderación*¹⁹⁸, y sobre ella profundizaremos más adelante en el apartado 5.3 del presente capítulo.

A esta tesis de que la diferencia entre principios y reglas consiste en que los primeros son mandatos de optimización, se le ha objetado que los mandatos de optimización tienen la estructura de reglas, pues se cumple con el mandato o no se cumple, es decir, el destinatario de la norma “optimiza o no optimiza” (y por lo tanto, hay una aplicación “todo o nada” como en las reglas)¹⁹⁹. Alexy, a nuestro parecer, ha respondido satisfactoriamente a esas críticas, como se demuestra a continuación.

¹⁹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 295.

¹⁹⁴ *Idem*; Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 176, p. 895.

¹⁹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 89.

¹⁹⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 71, p. 77.

Cfr. también Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 182, p. 158; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 175, pp. 13 y 14.

¹⁹⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 92.

¹⁹⁸ La “ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad”. Prieto Sanchís, Luis, Voz “Ponderación (Juicio de)” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005, p. 479.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido indica: “La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”. Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 19.

En igual sentido, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 169, p. 73; Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 81; y Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 190, p. 14.

¹⁹⁹ Esta crítica se encuentra en Aarnio, Aulis, “Taking Rights Seriously”, *Archives for philosophy of law and social philosophy*, suplemento 42, 1990, p. 187, citado por Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 300.

Robert Alexy distingue entre “mandatos a ser optimizados” y “mandatos de optimizar”. Los “*mandatos a ser optimizados*” son los objetos o materia de la ponderación, y pueden ser calificados como “ideales” o “deber ser ideales”. Un “deber ser” ideal es algo destinado a ser optimizado y, entonces, a transformarse en un “deber ser” real²⁰⁰.

En cambio, los “*mandatos de optimizar*”, es decir, los mandatos de optimización, imponen la obligación de realizar en la mayor medida de lo posible su objeto (los mandatos a ser optimizados). Los mandatos de optimización no se optimizan, sino que se *cumplen* cuando se realiza la optimización²⁰¹.

Por lo tanto, los principios no son en realidad mandatos de optimización, sino el objeto de la ponderación (mandatos a ser optimizados). Hay una conexión indispensable entre el “deber ser” ideal (es decir, el principio propiamente dicho) y el mandato de optimización que es en realidad una regla. El principio implica el mandato de optimización y viceversa; son las dos caras de una misma moneda²⁰².

Esto puede esquematizarse de la siguiente forma:

- Principio —————> Es un mandato a ser optimizado (su aplicación no es todo o nada).

- Mandato de optimización ———> No es un principio, sino una *regla* que viene adherida a un principio. Esta regla se cumple o se incumple (su aplicación es todo o nada); es decir, se optimiza o no se optimiza el principio al que está adherida.

El mandato de optimización no es lo que se pondera, sino lo que se pondera es el principio al cual va adherido el mandato de optimización.

Una crítica similar es formulada por Atienza y Ruiz Manero, quienes clasifican a los principios en directrices (“norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”) y principios en sentido estricto (“norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico [...], de un sector del mismo, de una institución, etc.”). Para estos autores, el caracterizar a los principios como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, sólo vale para las directrices y no para los principios en sentido estricto; y ponen como ejemplo el principio de igualdad, afirmando que el mismo “exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”. *Cfr.* Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 105, pp. 26, 27, 31 y 33.

²⁰⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 300.

Cfr. también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 190, pp. 15 y ss.

²⁰¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 300.

²⁰² *Ibidem*, pp. 300 y 301.

Respecto a la crítica de Atienza y Ruiz Manero (la cual expusimos en la nota al pie 199), Alexy la rebate afirmando que la propiedad de los principios en sentido estricto, consistente en ser cumplidos o no cumplidos, es trivial, pues se llega a ella cuando el intérprete les agrega una cláusula general de reserva que dice: “y cuando otro principio con mayor peso no ordene otra cosa”; pero sin esa cláusula, los principios en sentido estricto no se pueden aplicar todo o nada, de manera que son mandatos *prima facie* respecto de los que primero debería descartarse existieran otros principios “de mayor peso” (lo que implica una ponderación), para entonces convertirse en mandatos definitivos de aplicación todo o nada. *Cfr.* Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 118 a 122.

Así, concluye Alexy que el mandato de optimización está comprendido en el concepto de principio. Sin embargo, por razones de simplicidad, recomienda designar a los principios como mandatos de optimización (como usualmente lo hace este autor), y sólo acudir a estas precisiones o tecnicismos cuando sea necesario²⁰³. De manera que la forma técnicamente correcta de caracterizar a los principios es como mandatos a ser optimizados, en tanto que los mandatos de optimización son otro tipo de normas diferentes (pues son reglas), aunque hay un nexo necesario entre los mandatos a ser optimizados y los mandatos de optimización. Y con esto se aprecia que, estructuralmente, los principios son diferentes a las reglas.

3.2.- *La importancia de los principios en la teoría de los derechos fundamentales.*

Las normas jurídicas a las que se les ha identificado con principios, son de capital importancia en materia de derechos fundamentales. La principal razón de esto es que la mayoría de las normas de derechos fundamental son principios²⁰⁴. Claramente dice Carbonell que “los textos constitucionales modernos están llenos de principios, no de reglas”²⁰⁵.

Aunque desde luego, las normas de derecho fundamental no necesariamente serán siempre principios, sino que también puede haber reglas. Por lo tanto, existe un sistema mixto en donde las disposiciones iusfundamentales pueden contener principios y reglas²⁰⁶.

En esta tónica, e incluso fuera del ámbito estrictamente constitucional, los principios han cobrado más relevancia, pues antes eran una fuente del derecho a la que se recurría como última opción, mientras que ahora son la fuente primordial²⁰⁷.

3.3.- *Fuentes de los derechos fundamentales.*

Para saber cuáles son los derechos fundamentales en México, tenemos que acudir a la dogmática jurídica, es decir, hay que estudiar las fuentes de estos derechos en nuestro sistema jurídico.

Siguiendo a Miguel Carbonell²⁰⁸, podemos decir que las fuentes de los derechos fundamentales en México son: *a)* la Constitución, *b)* la reforma constitucional, *c)* los

²⁰³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 301.

²⁰⁴ Kumm, Mattias, “Fundamental rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice” en Eriksen, Erik O., y Menéndez, Agustín J. (coords.), *Constitutional rights through discourse. On Robert Alexy’s legal theory. European and theoretical perspectives*, Noruega, Universidad de Oslo / Universidad de León, 2004, p. 203; Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 39, p. 47 y 48; Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 41; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LX, núm. 251, enero-junio 2009, p. 393.

²⁰⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 127.

²⁰⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 135 y 138.

Asimismo, Rolla afirma que “la garantía constitucional en la casi totalidad de los derechos reconocidos como fundamentales está asegurada por la presencia simultánea de principios y de reglas”. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 47.

De igual forma, Barroso nos explica que muchas normas de derecho fundamental están plasmadas constitucionalmente como principios (libertad, igualdad, por ejemplo), mientras que otras como reglas (como sería el caso de la irretroactividad de la ley). *Cfr.* Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 14.

²⁰⁷ Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 354.

²⁰⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, pp. 52 y ss.

tratados sobre derechos humanos, y d) la jurisprudencia. Haremos una breve referencia a cada una de esas fuentes.

a) *La Constitución*.- La Constitución es la ley fundamental de un Estado, se refiere a la forma en que se arreglan u organizan los principios y los órganos públicos de ese Estado, siendo piedra de toque del orden jurídico e instrumento que define el ser político de un país²⁰⁹. A pesar de que parezca una obviedad²¹⁰, hay que recalcar que las normas contenidas en la Constitución son *jurídicas*, y por lo tanto, vinculantes e imperativas, por lo que expresan verdaderos mandatos jurídicos que deben acatarse²¹¹.

Al ser nuestro país una federación, tiene una Constitución Federal y constituciones de cada uno de los estados que la integran²¹²; empero las segundas emanan de la primera, en tanto el a. 41 de la federal prevé la existencia de constituciones “particulares” de los estados, las cuales están subordinadas a las “estipulaciones del Pacto Federal”, mientras que el a. 133 establece que los jueces estatales se deben arreglar a lo que diga la Constitución Federal a pesar de que hubieran disposiciones en contrario en las constituciones de los estados. Tanto la Constitución Federal, como las constituciones locales (y el Estatuto de

²⁰⁹ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 45, p. 51.

²¹⁰ Afirma Vigo que “el problema del carácter normativo de la Constitución no genera mayores conflictos doctrinarios en la actualidad”. Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, 2a. ed., Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2004, p. 61.

De igual manera, Carbonell establece: “El que la Constitución sea, ante todo, un orden jurídico, un ordenamiento o una parte de él supone que deba considerársele, en primer lugar, como norma. De ello se deriva que sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 22, p. 149.

En igual sentido, Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 105.

²¹¹ Explica Cossío Díaz que hay dos posibilidades iniciales en cuanto a la manera de representar la Constitución: un enfoque normativo (comprender a la Constitución a partir de las funciones que desempeña dentro del orden jurídico) y un enfoque político (explicar la Constitución como un producto del poder); y advierte ese autor que los juristas mexicanos del s. XX siguieron mayoritariamente el enfoque político, habiendo poco interés por el estudio normativo de la Constitución, y sí, en cambio, se le presentó a esta como un objeto de estudio sustantivo y emotivo. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, 2a. ed., Fontamara, 2000, pp. 43, 44, 45 y 69.

En el mismo tenor, Carbonell nos refiere que el constitucionalismo decimonónico consideraba a la Constitución como un programa de acción política, mientras que el constitucionalismo moderno estima, sin la menor duda, que la Constitución es una norma con todos sus extremos y con todas sus consecuencias. *Vid.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 22, p. 175.

De igual forma, Aguilera y López explican que tradicionalmente el tipo de lectura que se hacía de la Constitución en México era siempre de carácter político, por lo que el cambio de paradigma es reciente. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 28, pp. 182 y 183.

Asimismo, *cfr.* Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y resultados” en Corzo Sosa, Edgar, y Vega Gómez, Juan (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 424 y 426; y La Torre, Massimo, *op. cit.*, nota 3, p. 21.

Para más datos sobre el desarrollo y aceptación de la concepción normativa de la Constitución, *cfr.* García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, 4a. ed., Thomson / Civitas, 2006, pp. 55 y ss.

²¹² A este fenómeno, Diego Valadés lo llama “constitucionalismo reflejo” (por oposición al “constitucionalismo originario”). *Cfr.* Valadés, Diego, “Los límites del constitucionalismo local” en VV.AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, IIJ-UNAM, 1988, t. I, pp. 788 y 789.

Gobierno del Distrito Federal), contienen derechos fundamentales²¹³, por lo que ambas son fuentes de esta clase de derechos; no obstante, dado su alcance territorial general y su supremacía, en el resto del presente estudio nos referiremos a los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal.

Si bien, teóricamente se suele distinguir entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución²¹⁴, la verdad es que podremos encontrar derechos fundamentales en diversas partes del texto constitucional, y no sólo en los primeros 29 artículos²¹⁵.

b) *La reforma constitucional.*- El listado de derechos fundamentales contemplado en la Constitución no es un universo cerrado, sino que puede irse ampliando mediante adiciones²¹⁶, y el procedimiento mediante el cual se adicionan estos derechos es la reforma constitucional²¹⁷. Según el a. 135 constitucional, para realizar la reforma a la ley suprema se requiere un acuerdo del Congreso de la Unión mediante el voto de las dos terceras partes de los presentes, así como la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados.

c) *Los tratados.*- Esta es una fuente de derechos fundamentales de enorme trascendencia práctica, pues además de ser un motor primordial del desarrollo mundial de tales derechos en tiempos recientes, las convenciones internacionales contemplan derechos que no están previstos en la Constitución o proporcionan perspectivas complementarias a nuestro texto constitucional²¹⁸. De acuerdo con el a. 133 constitucional, los tratados celebrados por el presidente y que sean aprobados por el Senado, son Ley Suprema de toda la Unión; de ahí que, cuando se cumplen esos requisitos, los tratados se conviertan en derecho mexicano y puedan ser aplicados por nuestro país. Inclusive, existen pronunciamientos judiciales que ubican esos tratados exactamente al mismo nivel que la Constitución, por implicar una ampliación de los derechos ahí protegidos²¹⁹.

²¹³ Apreza Salgado, Socorro, y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos alcances sobre la eficacia de los derechos fundamentales en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre 2007, p. 160.

²¹⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, 33a. ed., Porrúa, 2000, p. 23.

En cambio, Cossío estima que no es válido distinguir entre parte dogmática y parte orgánica, pues toda Constitución está animada por los mismos valores y las partes de tal ordenamiento tienden a una finalidad común. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 47.

²¹⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 52.

En el mismo sentido, *cfr.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 47, p. 188; Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa / IMDPC, 2007, p. 71; y Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, México, 3a. ed., Porrúa, 2004, p. 58.

²¹⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 60.

²¹⁷ Por reforma constitucional, debemos entender la actividad de carácter normativo por medio de la cual se modifica el texto constitucional, mediante la intervención de los órganos que crean la ley y cumpliendo con un procedimiento preestablecido. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 45, p. 103.

²¹⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 61.

En términos semejantes, *cfr.* Apreza Salgado, Socorro, y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, nota 213, pp. 160 y 165.

²¹⁹ *Cfr.* Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

Si bien es cierto que mediante los tratados en materia de derechos humanos se pueden introducir a nuestro sistema jurídico derechos fundamentales no previstos en la Constitución, estos derechos tienen, al menos conforme al *status quo* judicial, la desventaja de no contar con las mismas garantías secundarias que los derechos de rango constitucional, en tanto la violación de un tratado internacional sólo puede reclamarse en vía de amparo como contravención al *principio de legalidad* (aa. 14 y 16 constitucionales) pero no como una violación directa a la Constitución, y por lo tanto, no se podría impugnar la inconstitucionalidad de una ley por contravenir un derecho fundamental previsto en un tratado internacional²²⁰. Por esto, la inobservancia en México de algunos derechos fundamentales no es, para el grueso de nuestras autoridades, una cuestión de constitucionalidad en sentido estricto, sino de legalidad²²¹. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de otras líneas de interpretación, no debe considerarse de que los derechos previstos únicamente en los tratados y no en la Constitución, no son verdaderos derechos fundamentales, pues el hecho de que su garantía pudiera no ser tan fuerte como la que le corresponde a los derechos previstos constitucionalmente, no les quitaría el carácter de derechos fundamentales; siguiendo a Ferrajoli²²², hay que distinguir el derecho de su garantía.

d) *La jurisprudencia.*- La jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho²²³, y consiste en

las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derechos especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley²²⁴.

El a. 94 constitucional establece que corresponde al legislador fijar los términos de obligatoriedad de la jurisprudencia que establezcan los tribunales federales sobre la interpretación de la Constitución, las leyes y reglamentos (locales y federales), y los tratados internacionales.

Explicadas las fuentes, corresponde ahora hacer una referencia a la posibilidad de clasificar los derechos fundamentales.

²²⁰ En contra de esta postura tradicional, está la tesis del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

²²¹ Nos dice Tena Ramírez que en los amparos por inexacta aplicación de la ley no hay materia propiamente constitucional. *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 214, p. 528.

²²² *Vid. supra* el apartado 2.2.

²²³ *Cfr.* Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, 10a. ed., Porrúa, 2004, pp. 622 y 623; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 11, p. 72.

²²⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, 33a. ed., Porrúa, 1997, p. 821.

4.- Tipos de derechos fundamentales.

La tipología y clasificación de los derechos fundamentales es un tema bastante socorrido por los estudiosos en la materia, por lo que se suelen hacer múltiples clasificaciones a partir de los más variados criterios.

Sin embargo, la clasificación más extendida es aquella de carácter preponderantemente histórico, y que distingue, por un lado, los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro lado²²⁵. Es así que se habla de distintas “generaciones”²²⁶ de derechos fundamentales, cuya distinción se basa en dos criterios: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela²²⁷.

El criterio de aparición en el tiempo se basa en la idea simplista de que los derechos fundamentales han surgido y se han agrupado progresivamente y de manera lineal; empero, se puede constatar que existen países que han reconocido primero los derechos sociales y, luego, algunos derechos políticos. En cuanto al criterio de su régimen de tutela, se considera que las libertades públicas tradicionales están plenamente garantizadas, mientras que los derechos políticos están en una situación intermedia, y los derechos sociales serían poco más que declaraciones huecas²²⁸.

No obstante, nos sumamos a las posturas que consideran más perjudicial que benéfica la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones²²⁹, en tanto sirve de pretexto para el incumplimiento (o protección devaluada) de los derechos que tradicionalmente se ubican en la “segunda generación”. De hecho, como bien ha destacado Cruz Parceró²³⁰, se trata de una clasificación relativamente arbitraria y que no es consecuente con sus propios criterios de distinción. Veamos.

Un primer criterio de distinción que se suele alegar es que los derechos civiles y políticos sólo generan deberes negativos o de abstención a los estados (un no hacer), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales generan deberes positivos (un

²²⁵ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, núm. 4, Universidad Complutense de Madrid, 1986-87, p. 29.

²²⁶ Por ejemplo, Labrada Rubio se adhiere a esta clasificación de los derechos en generaciones, encontrando una “primera generación” integrada por los derechos civiles y políticos, en la “segunda generación” estarían los derechos sociales y económicos, habría una “tercera generación” que abarcaría los derechos culturales, y hasta una “cuarta generación” integrada por los resultados del desarrollo de la técnica. Cfr. Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 122 a 125.

En términos similares, vid. Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 169, pp. 49 y 50, quien también expone (aunque no comparte) esa clasificación.

²²⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 45.

²²⁸ *Idem.*

A mayor abundamiento, Montemayor explica tres criterios que se invocan para distinguir los derechos de la primera y segunda generaciones: 1) Inmediata aplicación de los derechos de la primera generación y no de los de la segunda; 2) La complejidad de crear condiciones para el cumplimiento de los derechos de segunda generación; y 3) El problema de la justiciabilidad de los derechos de segunda generación. Vid. Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 169, p. 51.

²²⁹ Por ejemplo, Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 19; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, IJ-UNAM, 2010, pp. 16 y 17; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 45; Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 169, pp. 52 y ss.

²³⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en Cantón J., Octavio, y Corcuera C., Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa / UIA, 2004, pp. 3 y ss.

hacer) que normalmente implican erogaciones del erario público²³¹. Sin embargo, tal aseveración es falsa, en tanto los derechos individuales también traen aparejados deberes jurídicos positivos a cargo del Estado, y no meras abstenciones²³²; mientras que, de igual forma, los derechos tradicionalmente calificados de “sociales”, no sólo generan a cargo del Estado deberes de hacer, sino también de abstención.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. (...) En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un conjunto de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos²³³.

Un segundo criterio de distinción es que los derechos sociales no son, supuestamente, verdaderos derechos fundamentales, en tanto no son exigibles o justiciables, y son libremente configurables por el legislador ordinario²³⁴. Empero, como bien demuestra Ferrajoli, no se debe confundir el derecho con su garantía²³⁵, de manera que el hecho de que un derecho carezca de garantía (o esta sea deficiente), no le quita el carácter de derecho fundamental. De igual forma, y amén de que cualquier clase de derechos fundamentales exigen concreciones legislativas²³⁶, Alexy nos recuerda que todos los derechos fundamentales (incluyendo los llamados “sociales”) limitan la competencia del legislador

²³¹ Cfr. Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2a. ed., Trotta, 2004, p. 21.

²³² “En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares”. *Ibidem*, p. 24.

En el mismo sentido, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 782; Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 230, p. 5; y Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 47.

²³³ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, pp. 24 y 25.

Asimismo, cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 230, p. 5; y Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, EUA, 2a. ed., Cornell University, 2003, p. 30.

En términos semejantes, aunque negando que se trate de una mera diferencia de grado, Cossío estima que el elemento prestacional es el que nos permite caracterizar a los derechos sociales (siendo dicho elemento el objeto mismo del derecho). Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 214, p. 88.

²³⁴ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, nota 229, p. 79.

²³⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 42, pp. 59 y 64.

Inclusive, Alexy establece, con base a la jurisprudencia alemana, que ante un legislador inoperante, los tribunales pueden constatar desde una mera violación a la Constitución, la fijación de un plazo dentro del cual se deba legislar, y hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Ley Fundamental. Cfr. Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales” (trad. Ernesto Garzón Valdés) en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A., y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ-UNAM, 2000, p. 81.

²³⁶ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, nota 229, p. 79.

(incluso afectando su competencia presupuestaria)²³⁷, por lo que también tienen un contenido mínimo indisponible.

Asimismo, se suele decir que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no son exigibles, en tanto no imponen verdaderos deberes jurídicos a los estados. Como bien afirma Courtis, sólo basta con leer para advertir el contenido obligacional de los derechos sociales, pues los órganos internacionales de supervisión de los tratados sobre derechos fundamentales han generado documentos específicos para comprender los deberes derivados de los derechos sociales²³⁸. Por ejemplo, el Comité DESC de las Naciones Unidas ha emitido diversos documentos sobre el particular, como los Principios de Maastricht o la observación general 3, relativa a la naturaleza de las obligaciones de los estados parte del PIDESC.

En este sentido, las obligaciones de los estados en materia de derechos sociales suelen clasificarse en tres grupos: obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción²³⁹. Una obligación será de *respeto* cuando el Estado (noción que incluye todos sus organismos o agentes) tiene un deber de abstenerse de cualquier conducta que atente contra la libertad de las personas, de los grupos sociales o arriesgue sus derechos; la obligación se caracterizará como de *proteger* cuando el Estado debe adoptar medidas para evitar que ciertos sujetos violen los derechos de otros (lo que no sólo incluye mecanismos reactivos ante las violaciones, sino también preventivos); y las obligaciones son de *satisfacción* (cumplir o realizar) cuando el Estado ha de adoptar medidas activas (inclusive, acciones positivas a favor de grupos vulnerables) para que las personas puedan disfrutar sus derechos cuando no puedan hacerlo por sí mismos²⁴⁰.

En particular, dentro de las obligaciones que los derechos sociales imponen a los estados, destaca la de *progresividad y no regresividad*²⁴¹ que deriva del a. 2.1 del PIDESC, la cual es un reconocimiento de que la plena satisfacción de los derechos sociales no es inmediata, sino que se debe ir dando progresivamente conforme a las posibilidades reales de cada Estado²⁴².

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio²⁴³.

²³⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 235, p. 80.

²³⁸ Courtis, Christian, “Derechos sociales y justiciaabilidad” en VV.AA., *Memoria del coloquio sobre derechos sociales*, México, SCJN, 2006, p. 160.

²³⁹ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, p. 31; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 786.

²⁴⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, pp. 786 y 787.

²⁴¹ Por ejemplo, *cfr.* Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, pp. 92 y ss; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, pp. 792 y ss.

²⁴² Para más detalles, *vid.* Noguera Fernández, Albert, “Los derechos sociales y la recepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el derecho constitucional argentino”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, IIJ-UNAM, núm. 11, julio-diciembre 2010, pp. 145 y 146.

²⁴³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 793.

En igual sentido, Noguera Fernández, Albert, *op. cit.*, nota 242, p. 147.

Por tal razón, al ser de carácter ampliatorio la obligación del Estado, este no puede disminuir o derogar los derechos ya existentes. *Cfr.* Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, p. 94.

Esta idea la retomaremos en los capítulos tercero y quinto, en relación con el debate sobre privarles o disminuirles su protección a los autores.

Las anteriores consideraciones sobre la obligatoriedad de los derechos sociales frente al Estado fueron ignoradas por la doctrina jurídica dominante del s. XX en México, en donde las llamadas “garantías sociales” eran concebidas como una serie de limitaciones a grupos poderosos (principalmente patrones y terratenientes) frente a sectores sociales desfavorecidos (trabajadores y campesinos señaladamente)²⁴⁴. Como bien explica Cossío, el texto constitucional original de 1917 no imponía al Estado obligaciones de carácter prestacional (con excepción de la educación básica gratuita)²⁴⁵, mientras que los derechos introducidos con posterioridad al año 1970 (protección a la familia, derecho a la salud, a la vivienda, de los consumidores, de los indígenas, etc.) fueron concebidos como meras normas programáticas²⁴⁶. La consecuencia de esta concepción dominante fue que, para nuestra doctrina mayoritaria del s. XX, los derechos sociales no eran jurídicamente exigibles frente al Estado, y por ende, no era procedente la principal garantía constitucional: el amparo²⁴⁷.

Recapitulando: los derechos sociales no son diferentes a los derechos de libertad o autonomía, pues ambos tipos de derechos son obligatorios para el Estado y están integrados tanto por deberes de abstención y de prestación.

Entonces, si no hay diferencias esenciales entre los derechos de libertad y los sociales, ¿por qué hacer esa distinción y conservar el concepto de “derechos sociales”²⁴⁸? Como apuntan Abramovich y Curtis, la distinción es de utilidad porque refleja la operación de dos *paradigmas político-ideológicos* de regulación jurídica: el modelo del “derecho privado clásico” y el del “derecho social”²⁴⁹; señalando que el segundo no substituye al primero,

²⁴⁴ Un ejemplo de esta concepción puede encontrarse en Burgoa, quien afirmó que “los sujetos del vínculo jurídico en que se traducen las garantías sociales, son, por un lado, las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria, y por otro, las castas poseedoras de la riqueza o situadas en bonacible posición económica”. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 47, p. 704.

En términos similares, *cfr.* Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 215, pp. 621 y 622; y Trueba Urbina, Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 522.

Para una reseña de este fenómeno y para una distinción entre *derechos sociales* y *derechos de clase*, *cfr.* Castro y Castro, Juventino V., “Los derechos sociales en la Constitución de 1917” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, IJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. IV, pp. 665 a 667.

²⁴⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, p. 74.

De hecho, este autor nos dice que: “La realidad es que los derechos sociales no gozaban de carácter normativo, sino que más bien eran las enunciaciones del ideario revolucionario que iba a realizarse por la actuación misma del régimen que lo representaba”. *Ibidem*, p. 78.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 79.

Sobre este particular, *cfr.* también Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 776 y 777.

²⁴⁷ A manera de ejemplo, ideas como estas pueden encontrarse en: Castro y Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 244, pp. 668 y 669; y Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 215, p. 620.

²⁴⁸ Por ejemplo, Ferrajoli considera que la distinción más importante en relación con los derechos fundamentales, es aquella que distingue entre derechos de libertad (o “derechos de”) y derechos sociales (o “derechos a”). *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 72, p. 915.

²⁴⁹ Abramovich, Víctor, y Curtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, pp. 47 a 49.

En este orden de ideas, Ferrajoli indica que cuando un ordenamiento constitucional “incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 72, p. 861.

sino que corrige sus disfunciones (mediante la intervención del Estado en los casos en que el mercado no puede garantizar resultados aceptables)²⁵⁰.

Lo aquí puntualizado sobre los derechos sociales es relevante para la presente investigación, pues nos ayudará a entender el alcance jurídico de la protección a los autores prevista en el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y diversos textos constitucionales, como se explica en el capítulo tercero. Asimismo, en el capítulo cuarto analizamos algunos derechos sociales, en tanto son derechos que eventualmente colisionan con los derechos de los autores.

Una vez hecha la clasificación de los derechos fundamentales, pasemos a analizar una de las herramientas más destacadas en la materia: el principio de proporcionalidad (mismo que es pieza clave para la propuesta que hacemos en el capítulo quinto del presente trabajo).

5.- *El principio de proporcionalidad.*

Uno de los aspectos más destacados del constitucionalismo contemporáneo es el llamado principio de proporcionalidad, el cual es utilizado con natural frecuencia por la jurisdicción constitucional europea y americana²⁵¹.

En términos generales, se puede decir que la función del principio de proporcionalidad es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para las autoridades²⁵², por lo que tal principio impone ciertas pautas de decisión a aquellos órganos estatales ante los que se ventilan colisiones de principios y/o bienes jurídicos con el fin de armonizar su

Asimismo, Rolla apunta que el reconocimiento detallado de los derechos sociales se liga, de un modo natural, a la calificación de la forma de Estado. *Cfr.* Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 61.

²⁵⁰ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 231, pp. 52 y 53.

²⁵¹ En efecto, según advierte Sánchez Gil, la proporcionalidad se aplica en forma casi generalizada en el mundo jurídico occidental, sin importar que se trate de tribunales internos (como por ejemplo: Alemania, España y Francia, en Europa; o los Estados Unidos y Argentina, en América) o internacionales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 5.

En el mismo sentido, *cfr.* Silva Meza, Juan N., “Derechos fundamentales: algunos retos institucionales para el siglo XXI”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 3, núm. 4, enero-junio 2007, p. 390.

Igualmente, Alexy indica que el principio de proporcionalidad se aplica, explícita o implícitamente, casi en todo lugar donde se ejercen facultades de revisión constitucional. *Cfr.* Alexy, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre 2003, p. 436.

Cfr. también Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, pp. 73, 74 y 112 (quienes afirman que el análisis de proporcionalidad se ha expandido por toda Europa –incluyendo el Reino Unido por influencia del derecho comunitario– y se abre brecha en América Central y Sudamérica).

Mientras que Del Toro nos explica que el principio de proporcionalidad no sólo aplica en sede constitucional, sino en otras instancias que resuelvan conflictos de derechos, como los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. *Cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 394.

En términos similares, *cfr.* Beatty, David M., *The ultimate rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 163.

²⁵² Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 77.

Vid., asimismo, Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa / IMDPC, 2009, p. 90.

satisfacción²⁵³. Esas pautas “se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible la arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional”²⁵⁴.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se aplica en materia constitucional para lograr una justa solución de “conflictos” entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales²⁵⁵, no lo es menos que también puede aplicarse a otros sectores del sistema jurídico²⁵⁶ siempre que estemos en presencia de normas jurídicas que adopten la forma de principios, como se podrá constatar a continuación.

Por último, antes de concluir este preámbulo sobre el principio de proporcionalidad y de entrar de lleno a sus cuestiones estructurales, haremos una elemental referencia a su evolución para tener un panorama medianamente satisfactorio de esta institución, lo cual estimamos importante dada la carta de naturalización que el principio de proporcionalidad está comenzando a tener en nuestros tribunales (como se verá más adelante) y lo poco conocido que –todavía– es tal principio para el grueso de la comunidad jurídica mexicana.

Según refiere Carlos Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad no es una creación de la doctrina y jurisprudencia constitucional de la segunda mitad del s. XX (como algunos piensan), sino que se trata de una noción usada desde tiempos remotos en las matemáticas y otras áreas del conocimiento, y hasta se reveló como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica²⁵⁷. Incluso, Sánchez Gil advierte la existencia de proporcionalidad en la naturaleza y en el arte²⁵⁸.

En materia jurídica, se puede encontrar el antecedente del principio de proporcionalidad en el derecho romano, alcanzando importancia en diversos ámbitos del llamado derecho privado. En el derecho público, el principio en estudio aparece junto al contractualismo, como parte de la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado²⁵⁹. Paulatinamente, se empezó a gestar la idea de que las

²⁵³ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 1.

De igual forma, *cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 75.

²⁵⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 1.

Cfr. también Nowak, Manfred, *Introduction to the international human rights regime*, Países Bajos, Brill, 2003, p. 61.

²⁵⁵ Alvez, Amaya, “¿Made in Mexico? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LX, núm. 253, enero-junio 2010, p. 363; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 3.

En este sentido, Cárdenas Gracia reconoce la importancia social del principio de proporcionalidad en las democracias modernas caracterizadas por su heterogeneidad, afirmando que: “En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza los principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas”. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 154.

²⁵⁶ De acuerdo con Lopera Mesa, la difusión del principio de proporcionalidad alcanza casi todas las áreas del derecho. *Cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 43.

²⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 40.

Cfr. también, Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 30.

²⁵⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 9 a 11.

²⁵⁹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 40.

Como bien explica Sarmiento Ramírez-Escudero: “El principio de proporcionalidad no es sólo una norma de Derecho administrativo, sino una máxima histórica del Derecho público e incluso del Derecho privado”. Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho*

intervenciones estatales en la libertad individual deben ser proporcionadas (recuérdense las ideas de César Bonnesana, marqués de Beccaria, sobre la proporcionalidad de las penas)²⁶⁰.

Particularmente, durante la etapa del derecho de policía en Prusia (finales del s. XVII y principios del XVIII) el principio de proporcionalidad tuvo un importante desarrollo, siendo determinante la doctrina de Carl Glottieb Svarez (quien esbozó los subprincipios de necesidad y de ponderación)²⁶¹. A partir de ahí, el principio de proporcionalidad se ha expandido en forma incesante en el derecho público europeo²⁶².

A lo largo del s. XIX, el principio de proporcionalidad comenzó a aplicarse a diversas áreas del derecho administrativo alemán, generalizándose en las jurisdicciones administrativas europeas, al grado de ser aplicado continuamente para controlar la *legalidad* de actos administrativos en países como Italia o Francia²⁶³. Inclusive, el principio de proporcionalidad es comúnmente aplicado en disciplinas tales como el derecho del trabajo, penal, procesal penal, ambiental e, incluso, atómico²⁶⁴, es decir, el mencionado principio ha logrado “irradiarse a todo el ordenamiento jurídico”²⁶⁵.

Sin embargo, fue el Tribunal Constitucional alemán el primero en aplicar el principio de proporcionalidad al control de la constitucionalidad de la actividad pública; tendencia que se ha generalizado en la jurisdicción constitucional europea tras la Segunda Guerra Mundial²⁶⁶. Así, el principio de proporcionalidad, procedente del derecho de policía y el derecho administrativo, tiene en la actualidad una muy relevante aplicación en el ámbito constitucional²⁶⁷.

Una vez hecha esta nota introductoria sobre el principio de proporcionalidad, entremos de lleno a su análisis.

administrativo, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 203.

²⁶⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 42.

²⁶¹ *Idem*; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 33; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 98.

²⁶² Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 43.

²⁶³ *Ibidem*, p. 44; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 35; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 101.

²⁶⁴ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 48.

²⁶⁵ Castaño Vallejo, Raúl, “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2007*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. II, 13ºer año, 2007, p. 520.

²⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 49, 51 y 52.

Cfr. también Kumm, Mattias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement” en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 132; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 333; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 36; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, pp. 107 y 112.

²⁶⁷ Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003, p. 67.

Coincide en este punto Nierhaus, Michael, “Administrative law” en Reimann, Mathias, y Zekoll, Joachim (coords.), *Introduction to german law*, La Haya, 2a. ed., Kluwer Law International, 2005, p. 90.

5.1.- La máxima observancia de los derechos fundamentales como mandato de optimización.

Como ya se explicó en el apartado 3.1 del presente capítulo, las normas jurídicas identificadas como principios implican mandatos de optimización, es decir, exigen que algo sea cumplido en la mayor medida de lo posible.

Acertadamente, Alexy indica que hay una conexión estrecha entre los principios y la máxima de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), afirmando que “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquélla”²⁶⁸. Así, pues, hay una implicación recíproca entre los principios y la proporcionalidad²⁶⁹; por lo tanto, quien rechace la teoría de los principios debe rechazar también el principio de proporcionalidad, de manera que la disputa sobre la teoría de principios, es un reflejo de la disputa sobre el principio de proporcionalidad²⁷⁰.

A mayor abundamiento, “el carácter de principios de los *derechos fundamentales* se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad”²⁷¹ (énfasis añadido), de manera que los tres subprincipios de la proporcionalidad (que a continuación se estudian) definen lo que debe entenderse por “optimización”²⁷². Por lo tanto, la máxima de proporcionalidad deriva de *todo tipo de normas que tengan la estructura de principios*, ya sean normas de derecho fundamental o cualquier otro tipo de norma que sea un principio (por ejemplo, principios contenidos en la legislación autoral o en un código civil).

Respecto a los derechos fundamentales, las colisiones o conflictos entre estos pueden resolverse de dos formas, según indica el jurista peruano, Mijail Mendoza: el establecimiento de una jerarquización de derechos o el principio de concordancia práctica (que se obtiene a través de la proporcionalidad). En la primera hipótesis, hay que establecer una jerarquía de derechos, por lo que en caso de conflicto prevalece el que sea superior o de mayor rango; en el segundo supuesto, se busca proteger a todos los derechos con el fin de que todos puedan realizarse²⁷³. Desde luego, la primera opción (jerarquización) es

²⁶⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 111.

²⁶⁹ Señala Bernal Pulido que “es indiscutible que la teoría de los principios logra explicar que el principio de proporcionalidad es el correlato de carácter jurídico de algunas normas iusfundamentales, las normas de principio”. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 586.

Asimismo, *vid.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 394; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 94; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 29 y 30.

²⁷⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 181, p. 297.

²⁷¹ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” (trad. Carlos Bernal Pulido), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 26.

²⁷² *Idem.*

Cfr., asimismo, Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 266, p. 137.

²⁷³ Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 83.

De igual forma, Vigo explica estas dos teorías, a las que llama “teoría de la jerarquía” y “teoría del balanceo o ponderación de bienes”, respectivamente, pero añade una tercera teoría: la del contenido esencial. *Cfr.* Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 175, pp. 181 a 186.

La postura de Vigo es acertada a la luz de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, pero no vale (por redundante) bajo la teoría relativa en la materia, pues en esta última teoría hay una relación indisoluble entre el contenido esencial de los derechos y la ponderación. Sobre ambas teorías, *vid. infra.* el apartado 6.4 del presente capítulo.

Cfr. también Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, pp. 368 a 370; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 87.

incompatible con el mandato de optimización de los derechos fundamentales que se deriva del carácter de principio de la mayor parte de las normas iusfundamentales que los prevén, por lo que es descartada en el constitucionalismo contemporáneo.

En cambio, el principio de proporcionalidad desarrolla la fuerza normativa de las disposiciones iusfundamentales y bienes constitucionales, tratando de atribuirles la máxima efectividad posible, por lo que si se prescindiera del principio de proporcionalidad, habría de negarse la efectividad y fuerza normativa de todas o algunas de esas normas y posiciones²⁷⁴.

El fundamento del principio de proporcionalidad no es expreso, ya que normalmente ese principio ha sido una creación jurisprudencial derivada de una actividad interpretativa y argumentativa de los tribunales²⁷⁵. En este sentido, si bien se admite la posibilidad de varios fundamentos complementarios del principio de proporcionalidad, se suele reconocer como el más sólido aquél que alude al carácter jurídico de los derechos fundamentales²⁷⁶. Dicho fundamento atiende a la implicación que hay entre las normas de principio y la máxima de proporcionalidad, ya que si los subprincipios de la proporcionalidad son el correlato de los mandatos de optimización propios de las normas con estructura de principios, siempre que encontremos normas iusfundamentales de principio podremos derivar el principio de proporcionalidad²⁷⁷. Tal fundamento es el que nos permite concluir que la ponderación y, en general, la proporcionalidad en sentido amplio, pueden aplicarse fuera del ámbito de los derechos fundamentales, pues *siempre que estemos ante una norma de principio podremos ponderar*, dada su estructura de mandato de optimización, sin importar que se trate de una norma iusfundamental o de otro tipo.

Por lo que hace al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en México, Sánchez Gil lo encuentra en los aa. 1º y (sobretudo) 16 constitucionales. Dicho autor advierte un mandato de optimización de los derechos fundamentales al interpretar a *contrario sensu* el primer párrafo del a. 1º de la Constitución, al tener los gobernados una

²⁷⁴ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 558.

²⁷⁵ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 33 y 34; y Nierhaus, Michael, *op. cit.*, nota 267, p. 90.

Caso excepcional es el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual contempla expresamente el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “Sólo se podrá introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

²⁷⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 596 y 597.

Los otros fundamentos que, aunque más débiles, coadyuvan al sustento del principio de proporcionalidad son: la idea de justicia (en tanto la noción justicia material proscribió todo sacrificio excesivo a la libertad, como desde hace tiempo sostuvo Aristóteles; sin embargo, el punto débil de este fundamento es que la justicia es una noción etérea y abstracta), el principio de Estado de derecho (ya que limita la acción del poder estatal respecto a los derechos fundamentales; la debilidad de tal fundamento es que se dice que todos los principios adscritos al Estado de derecho deben tener una fundamentación propia e independiente), y el principio de interdicción de arbitrariedad (debido a que lo desproporcionado es una especie de lo arbitrario; la debilidad que se le imputa a este fundamento consiste en que la arbitrariedad únicamente proscribió las actuaciones del poder público carentes de toda motivación, según se dice). *Cfr. Ibidem*, pp. 596, 601, 603, 604 y 605.

En términos muy similares, Brage encuentra como fundamento del principio de proporcionalidad, además de la proclamación de Estado de derecho, el valor superior de la justicia y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la interpretación sistemática de la libertad y los derechos fundamentales como valores constitucionales que admiten límites, lo que exige una “concordancia práctica” o “equilibrio ponderado”. *Cfr. Brage Camazano, Joaquín, op. cit.*, nota 204, p. 341.

²⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 597.

posición asegurada por los derechos fundamentales que debe respetarse al máximo posible, y sólo podrá limitarse (no optimizarse) en los casos y con las condiciones que establece la ley suprema²⁷⁸.

Además del a. 1º de la Ley Suprema, el principio de proporcionalidad encuentra sustento constitucional en el deber de motivación material del a. 16 del mismo ordenamiento. Como se sabe, la llamada “garantía de motivación” tiene dos aspectos: el formal y el material. La motivación formal consiste en que, en los actos de autoridad, se deben citar las normas jurídicas aplicables y las razones que justifican su aplicación al caso concreto (por lo que se cumple con este deber mediante la simple invocación de un artículo acompañada de un argumento jurídico); mientras que la motivación material va más allá, no basta un fundamento legal ni cualquier argumento, sino que se requiere que dicha fundamentación y motivación sea *correcta* (por lo que se cumple cuando el acto de autoridad está *debidamente* fundado y motivado)²⁷⁹. En este orden de ideas, para que un acto de autoridad (legislativo, administrativo o judicial) sea constitucional, no basta que tenga (y se señale) un fundamento jurídico, sino que debe motivarse (y motivarse correctamente) su aplicación al caso; así, la motivación consiste en determinar si es lícito el grado en que el acto de autoridad está interviniendo o afectando derechos fundamentales, y esa determinación se hace a la luz de los criterios que nos brinda el principio de proporcionalidad²⁸⁰. De ahí el nexo entre motivación material y principio de proporcionalidad²⁸¹.

A pesar de que el principio de proporcionalidad ha sido usado por varios de nuestros tribunales, fue la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la que por primera vez expresó el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, indicando que tal sustento se encuentra en los aa. 14 y 16 de nuestra Carta Magna, de los que desprende un “principio de prohibición de excesos o abusos”²⁸².

Con posterioridad, el Pleno de la SCJN también reconoció como fundamento constitucional a la máxima de proporcionalidad el “principio de legalidad”²⁸³, es decir, el a. 16 de la Constitución.

Además de este fundamento constitucional, el principio de proporcionalidad puede encontrar algún fundamento explícito en leyes ordinarias, a pesar de no ser estrictamente necesario tal sustento expreso (pues la proporcionalidad siempre viene de la mano cuando encontramos normas de principio). Un ejemplo de un mandato concreto y expreso de optimizar derechos (y por ende, de aplicar la máxima de proporcionalidad) en una ley

²⁷⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 62.

De hecho, esta idea encuentra sustento en lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sentencia de 29 de septiembre de 2004, en el amparo directo en revisión 988/2004, al establecer que el primer párrafo del a. 1º constitucional “evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a los mismos sean concebidas restrictivamente”.

²⁷⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 67 y 68.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 71.

²⁸¹ En términos parecidos, Silva Meza estima que el principio de proporcionalidad puede derivarse en México del principio constitucional de legalidad, como prohibición de exceso. *Cfr.* Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 251, p. 392.

²⁸² *Cfr. infra* nota al pie 406 del presente capítulo.

²⁸³ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

ordinaria de derecho civil, está en el a. 8° de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 8°.- El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad.

Esto no debe sorprendernos, pues la ponderación puede aplicarse para resolver controversias reguladas por el derecho civil, siempre que encontremos normas estructuradas como principios. Bien afirma Prieto Sanchís que “en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución”²⁸⁴. De hecho, Häberle nos refiere que “al Derecho civil, desde hace mucho tiempo, se le ha confiado la necesidad de ponderaciones para la solución de cuestiones jurídicas”²⁸⁵.

5.2.- *Los subprincipios de la proporcionalidad.*

Existe consenso doctrinal en que el principio de proporcionalidad está integrado por tres subprincipios o máximas parciales: *a)* idoneidad, *b)* necesidad, y *c)* ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto)²⁸⁶. Es recomendable que el análisis de tales subprincipios se haga en forma escalonada²⁸⁷, es decir, que se inicie con la idoneidad y se termine con la ponderación, pues como indica Sánchez Gil²⁸⁸, toda intervención a un derecho fundamental debe aprobar el examen de esos tres criterios, ya que si reprueba alguno de ellos, la medida será desproporcionada e ilegítima²⁸⁹.

²⁸⁴ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 126.

Incluso, este autor indica que los principios son aplicados constantemente por jueces ordinarios y constitucionales. *Ibidem*, p. 181.

²⁸⁵ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 42.

En igual sentido, Sánchez Gil indica que el principio de proporcionalidad se usa desde hace tiempo en varias ramas del derecho, como el civil, el penal, el internacional, etc. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 21, julio-diciembre 2009, p. 472.

Por su parte, Atienza indica que los tribunales ordinarios bien pueden realizar ponderaciones (aunque señala que sólo en los casos difíciles). *Vid.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 13, p. 36.

²⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 111 y 112; Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, p. 372; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 38; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 129; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, pp. 220, 333 y 415; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, pp. 685 y 686; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 142; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 265, p. 523; Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH / Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 118; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 13, p. 134; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 396; Grau, Eros, *op. cit.*, nota 169, p. 171; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 27; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 88; Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación” en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 226; Nierhaus, Michael, *op. cit.*, nota 267, p. 90; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 1; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 259, p. 12.

²⁸⁷ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 367; y Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, p. 373.

²⁸⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 39.

²⁸⁹ Debido a que cada subprincipio puede satisfacerse o no, se colige que en realidad se trata, en estricto sentido, de reglas, en tanto su cumplimiento es todo o nada. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 112.

Antes de entrar al análisis de cada uno de los tres subprincipios de la proporcionalidad, hay que destacar que el principio de proporcionalidad tiene, además, dos prerequisites o presupuestos que deben satisfacerse para su aplicación²⁹⁰, a saber:

- 1) La constatación de que la posición en cuestión está protegida por una norma de derecho fundamental²⁹¹; y
- 2) La verificación de que la conducta que se va a juzgar constituye una intervención o afectación negativa a un derecho fundamental²⁹².

Existe un vínculo de implicación necesaria entre esos dos presupuestos del principio de proporcionalidad, pues para que exista una intervención a un derecho fundamental necesitamos que la posición afectada esté protegida por una norma iusfundamental, y viceversa²⁹³. Algunas veces acontece que los tribunales, al explicar los pasos a seguir para interpretar la proporcionalidad, mencionan alguno o los dos de estos presupuestos; sin embargo, esto no significa que esos dos criterios sean estructuralmente parte del principio de proporcionalidad, sino que, como ya se asentó, son requisitos previos indispensables que deben satisfacerse antes de entrar al estudio de la proporcionalidad del acto en cuestión (cuando nos encontramos en materia de derechos fundamentales).

Una vez comprobada la existencia de los dos presupuestos indicados, el juzgador deberá pasar al análisis escalonado de los tres criterios que integran el principio de proporcionalidad, mismos a continuación se explican.

5.2.1.- *Idoneidad.*

El subprincipio de idoneidad o adecuación establece que toda intervención a un derecho fundamental debe conducir a un fin constitucionalmente legítimo²⁹⁴.

Es decir, no se puede afectar *gratuitamente* un derecho fundamental o cualquier bien constitucionalmente protegido; toda intervención debe buscar la observancia o consecución de algún valor previsto en la Constitución.

La máxima parcial de idoneidad impone dos exigencias que necesariamente deben cumplirse: *a)* la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, y *b)* que la intervención en el derecho fundamental sea idónea para favorecer la obtención de ese fin²⁹⁵.

²⁹⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 131.

Esto en virtud de que, como acertadamente sostiene Mijail Mendoza, los subprincipios de la proporcionalidad presuponen que se ha realizado una intervención a un derecho fundamental. *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 91.

²⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 617.

²⁹² *Ibidem*, p. 659.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 616 y 617.

²⁹⁴ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, p. 373; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 689; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 130; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 373; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 686; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 142; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 265, p. 524; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 118; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 13, p. 134; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 387; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 88; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 260.

²⁹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 689; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 40.

Asimismo, *vid.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 261.

Con respecto a la *primera* de esas exigencias, lo inicialmente que hay que preguntarse es ¿qué debe entenderse por “fin constitucionalmente legítimo”? Borowski responde a esa interrogante con claridad y precisión: “Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución”²⁹⁶. Esto implica hacer un análisis para conocer cuál es el fin que se está persiguiendo y para corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo²⁹⁷.

Evidentemente, la mera comprobación de que un acto de intervención a un derecho fundamental busca un fin legítimo, no implica *per se* que se haya satisfecho el subprincipio de idoneidad (ni mucho menos que deba concluirse que la medida cumplió con la máxima de proporcionalidad), sino que sólo implica que se ha aprobado una de las varias pruebas que impone el principio de proporcionalidad. Sin embargo, con alarmante frecuencia nuestros tribunales suelen justificar afectaciones a derechos fundamentales cuando constatan la mera existencia de un fin legítimo, sin ir más allá. Como establece Cossío Díaz²⁹⁸, no basta que la finalidad de la intervención en un derecho fundamental sea compatible con la Constitución, sino que debe haber una racionalidad instrumental para lograr el fin perseguido, entre otros requisitos.

La *segunda* exigencia del subprincipio en estudio, es que la medida de intervención sirva para obtener el fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, Bernal Pulido indica que una intervención en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de *ninguna manera* a la obtención del fin; en cambio, será idónea cuando *facilite* de algún modo la realización del fin, independientemente de su grado de eficacia, plenitud, rapidez y seguridad²⁹⁹. Esta idoneidad debe ser considerada desde un punto de vista abstracto o teórico, en cuanto a la posibilidad de contribuir el fin constitucionalmente legítimo, sin necesidad de constatar en la práctica que la medida haya contribuido en realidad a ese objetivo³⁰⁰.

Se aprecia que en la máxima parcial de idoneidad, lo que se hace es un examen “fin-medio”³⁰¹.

Por otro lado, ya se dijo que toda norma de principio implica la máxima de proporcionalidad y cada uno de sus tres subprincipios, dado que los principios son normas

Cabe destacar que algunos analistas jurídicos separan la primera exigencia y la consideran un subprincipio independiente (y previo) al de idoneidad, llamándole subprincipio de “legitimidad”. Cfr. Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 75; y Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 266, p. 137.

²⁹⁶ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 130.

²⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 692.

²⁹⁸ Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 320 y ss.

El trabajo citado reproduce el voto particular del Ministro Cossío en el amparo en revisión 1110/2005, resuelto el 7 de diciembre de 2005 por la Primera Sala de la SCJN, el cual versó sobre una norma de la LFDA que impide ser árbitro en materia de derechos de autor a todo abogado que hubiese prestado sus servicios a una sociedad de gestión colectiva en los últimos cinco años. En dicho asunto, la SCJN se limitó a considerar constitucional esa norma dado que perseguía un fin constitucionalmente legítimo, como lo es la imparcialidad de los árbitros, sin hacer mayor análisis.

²⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 720 a 722. Aunque este jurista colombiano nos advierte que, en algunos lugares, la tendencia de la jurisdicción constitucional es que sólo se consideren idóneas las intervenciones que contribuyen a la consecución del fin con mayor eficacia, rapidez y seguridad.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 725.

³⁰¹ Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 89.

jurídicas que exigen que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, el subprincipio de idoneidad se sigue del carácter de las normas de principio como mandato de optimización con relación a las posibilidades fácticas³⁰².

Supongamos que para lograr un fin F que es exigido por el principio P_1 , el Estado decide utilizar el medio M_1 ; empero, M_1 impide o afecta la realización de otro principio P_2 . Al hacer un análisis de idoneidad tenemos que ver si F es un fin constitucionalmente legítimo, y luego ver si M_1 es adecuado para lograr F . Si hecho el análisis, vemos que M_1 no es adecuado para realizar el F exigido por P_1 , resulta que M_1 no es exigido por P_1 , por lo que para P_1 es irrelevante la utilización o no de M_1 ; en cambio, esa utilización sí es relevante para P_2 , en tanto M_1 lo afecta negativamente. De lo anterior resulta que M_1 está prohibido por P_2 , lo que implica una optimización de las posibilidades fácticas de realización de P_2 , en tanto ese principio se realiza en una medida mayor si no se utiliza M_1 ³⁰³.

5.2.2.- Necesidad.

Según la máxima parcial de necesidad (también llamada de “indispensabilidad”, “intervención mínima”, “subprincipio del medio más benigno”, “del medio más liviano” o “prohibición de exceso”) toda intervención en un derecho fundamental debe ser la más benigna con tal derecho, de entre todas aquellas opciones que son, por lo menos, igual de idóneas para contribuir a alcanzar el fin constitucionalmente legítimo en cuestión³⁰⁴.

Es decir, como bien indica Sánchez Gil, este subprincipio implica que la medida que restrinja un derecho fundamental debe ser *estrictamente indispensable* para satisfacer el fin perseguido, por tratarse de la medida menos gravosa para el derecho afectado de entre todas las medidas igualmente idóneas, o porque no existen opciones para satisfacer ese fin³⁰⁵.

Por consiguiente, el subprincipio de necesidad implica una *comparación* entre la medida de intervención del derecho fundamental y las medidas alternativas para lograr el mismo fin; y en tal comparación debe hacerse a la luz de dos criterios bajo los que se examinarán los medios alternos: 1) ver si alguno reviste, al menos, el mismo grado de idoneidad para alcanzar el objetivo buscado, y 2) ver si el medio alterno afecta

³⁰² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 112 y 113.

³⁰³ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

³⁰⁴ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, p. 373; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 736; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 221; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 686; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 143; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 265, p. 525; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 134; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 13, pp. 134 y 135; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 255; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 433; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 75; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, pp. 77, 89 y 90; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, pp. 260 y 262.

³⁰⁵ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 45.

Mientras que la jurista argentina, Laura Clérico, indica que “el medio alternativo debe implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde un punto de vista empírico”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 136.

Las mismas ideas son expuestas por Borowski, pero a partir de un resultado negativo: “Una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor”. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 130.

Asimismo, *vid.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 377.

negativamente el derecho fundamental intervenido en un grado menor³⁰⁶. Desde luego, la búsqueda de medidas alternativas puede ser interminable, por lo que el juzgador debe seleccionar aquellas que habrían podido ser idóneas de acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales³⁰⁷. Sin embargo, el tribunal debe ser muy cuidadoso al momento de hacer esa selección de medidas, pues una elección poco atenta podría llevar a una de las falacias argumentativas más comunes: el olvido de alternativas³⁰⁸, lo cual trae como consecuencia que se pueda dejar fuera la respuesta adecuada, es decir, que al existir una medida más benigna, esta no sea considerada por el juzgador.

Así, y a diferencia del subprincipio de idoneidad que hace un examen “fin-medio”, la máxima parcial de necesidad realiza una comparación “medio-medio”³⁰⁹.

El subprincipio de necesidad igualmente es una manifestación del mandato de optimización consustancial a las normas de principio, ya que también hay una exigencia de realizar algo en la mayor medida dentro de las posibilidades *fácticas*³¹⁰. En efecto, si para conseguir un fin *F* que es ordenado por el principio *P*₁, el Estado puede utilizar, por lo menos dos medios *M*₁ y *M*₂, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*, y resulta que *M*₂ afecta con menos intensidad que *M*₁ lo ordenado por otro principio *P*₂, se puede observar que para *P*₁ es indiferente la elección de *M*₁ o *M*₂, es decir, *P*₁ no exige que se elija *M*₁ en lugar de *M*₂, ni *M*₂ en lugar de *M*₁. En cambio, para *P*₂ no es igual la elección de *M*₁ o *M*₂, pues *P*₂ impone una *optimización* en cuanto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Y precisamente respecto de las posibilidades fácticas, *P*₂ puede realizarse en mayor medida si se elige *M*₂ en lugar de *M*₁; por lo que desde el punto de vista de la optimización en relación a las posibilidades fácticas, y bajo el presupuesto de la validez tanto de *P*₁ como de *P*₂, sólo *M*₂ está permitido y *M*₁ está prohibido³¹¹.

Por último, coincidimos con Sánchez Gil³¹² en que la máxima parcial de necesidad es medular en la aplicación del principio de proporcionalidad, pues muchas intervenciones a un derecho fundamental tienen visos de ser legítimas, sobre todo cuando se justifica con base en otro interés constitucional; pero un análisis de la necesidad de esas medidas nos puede demostrar que vulneran innecesariamente el derecho fundamental en cuestión, por existir otras alternativas más benignas para alcanzar el interés constitucional invocado.

5.2.3.- Proporcionalidad stricto sensu o ponderación.

El subprincipio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, establece que la importancia de la intervención a un derecho fundamental ha de encontrar su justificación en la importancia de la consecución del fin perseguido³¹³, es decir, las ventajas que se obtengan con la intervención al derecho fundamental deben compensar el sacrificio para el

³⁰⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 737 y 738; y Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 433.

³⁰⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, pp. 738 y 739.

³⁰⁸ Cfr. Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, trad. Jorge F. Malem Seña, 11a. reimp., Ariel, 2006, p. 125.

³⁰⁹ Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 90.

³¹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 112.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 113 y 114.

³¹² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 48.

³¹³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 759; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 144; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 265, p. 526; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 143; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 13, p. 135.

titular del derecho o para la sociedad en general³¹⁴. Se trata, en pocas palabras, de medir la *intensidad* de la intervención del derecho, para ver si el fin perseguido justifica esa afectación³¹⁵.

De la máxima de ponderación se sigue el carácter de mandatos de optimización de los principios, en tanto establece que algo sea realizado en la mayor medida que lo permitan las posibilidades *jurídicas* (a diferencia de la idoneidad y la necesidad, que se refieren a las posibilidades fácticas)³¹⁶, como bien explica Alexy:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. (...) Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental³¹⁷.

En el siguiente apartado profundizaremos sobre la ponderación, bástenos aquí haber asentado que este es el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad. La razón de esta división en el estudio de la ponderación se basa en que tal figura se aplica, no sólo como parte del principio de proporcionalidad (para medir las intervenciones que hace el poder público en los derechos fundamentales de los gobernados), sino como una forma de resolver controversias entre particulares cuando se da una colisión de principios. Como explica Sarmiento Ramírez-Escudero, en este último tipo de conflictos no es necesario un análisis de idoneidad y necesidad, como por ejemplo, cuando estamos ante casos de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor³¹⁸. De igual forma, Brage Camazano indica:

Pues bien, para resolver los conflictos entre derechos fundamentales se aplicaría exclusivamente este último subprincipio –dice Brage al referirse a la ponderación–. Ello se explica porque los subprincipios de idoneidad y necesidad, no se aplican en general a relaciones inter privados (y en los casos de conflictos entre derechos fundamentales se trata casi siempre de relaciones de ese tipo)³¹⁹.

³¹⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 35, p. 686.

³¹⁵ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 131; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, pp. 75 y 76; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 48.

³¹⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 112.

Cfr. también Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 265, p. 526; y Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 258.

³¹⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 112.

³¹⁸ Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 259, p. 389.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la sentencia 107/1988.

Por lo que se refiere a nuestros tribunales, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el caso *Anahí* (amparo directo 14424/2002, sentencia de 13 de enero de 2003), realizó una ponderación sin acudir previamente a los criterios de idoneidad y necesidad, en tanto se trataba de una controversia entre particulares. *Cfr.* “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

³¹⁹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 415.

5.3.- La ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos fundamentales.

En términos generales, la ponderación es un método de tomar decisiones que implica la contemplación del peso o importancia relativa de dos o más consideraciones a favor o en contra de cierta acción a tomar³²⁰, o como dice Prieto Sanchís, la ponderación es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”³²¹.

Si bien es cierto que la ponderación es uno de los postulados centrales del neoconstitucionalismo de factura europea, cabe destacar que es un método que también se utiliza en otros sistemas jurídicos provenientes de familias jurídicas diferentes a la neorromanista. Por ejemplo, desde 1920 la ponderación es conocida y aplicada en los EUA³²², tomando fuerza a partir del caso *Schneider v. State* (1939) resuelto por la Suprema Corte de este país. En la actualidad, en los EUA es cada vez más común el juicio de ponderación o *balancing test*³²³. Desde luego, la ponderación tiene sus rasgos propios en ese sistema jurídico³²⁴.

³²⁰ Porat, Iddo, “The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law”, *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006, p. 1398.

³²¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 128.

En términos similares, *cfr.* Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 184, p. 352.

Por su parte, Sieckmann explica: “Los problemas de ponderación se caracterizan por la colisión de argumentos opuestos que contienen exigencias incompatibles. Esto es, hay argumentos para las alternativas A y B que, sin embargo, no pueden realizarse al mismo tiempo. Entonces, la decisión se ha de tomar en virtud de una ponderación de los argumentos colisionantes. Se deberá determinar, a cuál de los argumentos colisionantes se otorgará la preeminencia en el caso que se decide”. Sieckmann, Jan-R., “Ponderación autónoma” (trad. Cecilia Añaños Meza) en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 115.

³²² Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, pp. 42 y 43.

³²³ Chen, Alan K., “The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests”, *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995, p. 268.

Asimismo, Cárdenas Gracia nos refiere que uno de los dogmas más comunes de la doctrina estadounidense es que el *balancing* resulta totalmente indispensable e inevitable cuando están en juego valores reconocidos en forma directa por el texto constitucional. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 19, p. 149.

³²⁴ Según nos explica Iddo Porat, la ponderación tiene su origen en los EUA con el movimiento progresista en el pensamiento jurídico (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Harlan Fiske Stone), y en particular como una reacción contra la Suprema Corte de la llamada era *Lochner* (en el caso *Lochner* –de 1905– se dijo que era antijurídica la ley laboral de Nueva York por fijar un máximo de horas de trabajo en pastelerías, por lo que se resolvió que dicha legislación limitaba inconstitucionalmente la libertad de contratación), a la que se acusó de pervertir el texto constitucional para amoldarse a su ideología de *laissez faire*. Los críticos dijeron que los derechos constitucionales debían ser ponderados con las políticas públicas con las que entraran en conflicto, y que esa ponderación no debería corresponder a la Suprema Corte, sino dejarse en manos de la mayoría legislativa (de hecho, se acusó a la Suprema Corte de intervenir en el derecho de la mayoría a convertir sus opiniones en leyes). Esa ponderación “temprana” (asociada a la restricción judicial y a la retórica anti-derechos constitucionales) se transformó y terminó asociada con la retórica de los derechos fundamentales y con el activismo judicial (ponderación “moderna”), lo cual es una consecuencia directa de la experiencia nazi, que generó conciencia en los EUA sobre la necesidad de proteger los derechos de las minorías frente a la tiranía de las mayorías. *Cfr.* Porat, Iddo, *op. cit.*, nota 320, pp. 1427 a 1432.

Otro ejemplo relevante es el de Canadá, donde su Suprema Corte estableció la “prueba *Oakes*” o “juicio *Oakes*” en 1986³²⁵. A grandes rasgos y sin pretender ahondar en los tecnicismos y evolución de ese método, podemos decir que consiste en cuatro pasos para saber si una ley o acto de gobierno viola la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: (a) la afectación a un derecho contemplado en esa carta debe atender a la consecución de un objetivo sustantivo y apremiante, de acuerdo con los valores de una “sociedad libre y democrática”; y (b) debe satisfacerse la prueba de proporcionalidad, misma que consiste en tres subpasos: (b1) que exista una “conexión racional”, es decir, que se hayan elegido cuidadosamente los medios para cumplir el objetivo sustantivo y apremiante, (b2) que la “afectación sea mínima”, o sea, que los medios a usarse para lograr el objetivo sean los que menos afecten el derecho en cuestión, frente a otras opciones que pudo haber tomado la autoridad, y (b3) que exista una proporcionalidad entre el objetivo a conseguir y los efectos que se ocasionarán, es decir, el beneficio de la medida debe tener mayor peso que la afectación al derecho³²⁶.

Empero, dada la influencia que la dogmática constitucional europea (principalmente española y alemana) está comenzando a tener en la judicatura constitucional mexicana, seguiremos la concepción europea de la ponderación (además de que consideramos que es la más cercana y adaptable a nuestro sistema jurídico).

Como ya se dijo³²⁷, la colisión entre dos principios se soluciona mediante la ponderación, la cual es una técnica que no implica ni la invalidación de alguna de las normas en colisión, ni la introducción de excepciones en ellas, pues ambas exigen su cumplimiento en el mayor grado posible. O como bien dice Carbonell: “Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible”³²⁸. Por tal razón, Sieckmann explica que los principios colisionantes valen a pesar de su colisión e, incluso, esa validez es condición previa de la colisión³²⁹. De “lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”³³⁰.

Por lo tanto, se deben tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particular, para resolver la colisión de principios estableciendo una *relación de precedencia condicionada* para ese asunto. Es decir, como indica Alexy:

³²⁵ Esta prueba nació en el caso *Regina v. Oakes* (1986), pero se terminó de precisar en los casos *R. v. Edwards Books & Art Ltd.* (1986) e *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* (1989), todos de la Suprema Corte canadiense.

Cfr. Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 114.

³²⁶ Para más información sobre la prueba *Oakes*, cfr. Choudhry, Sujit, “So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter’s section 1”, *Supreme Court law review*, Toronto, Universidad de Toronto, vol. 34, núm. 2, 2006, pp. 505 y ss.

³²⁷ *Vid. supra* el apartado 3.1.

Asimismo, Häberle nos indica que la ponderación soluciona los conflictos surgidos entre bienes jurídico-constitucionales que coexisten. Cfr. Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 33.

Cfr. también Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 15; y Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 144.

³²⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 22, p. 211.

En el mismo sentido, cfr. Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 251, p. 388.

³²⁹ Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 190, p. 14.

³³⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 90.

La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente³³¹.

Avanzando más sobre el tema de la ponderación, y concretamente, por lo que se refiere a sus clases, Giancarlo Rolla hace una clasificación entre dos tipos de ponderación: la ponderación para solucionar un caso (*ad hoc balancing*) y la realizada por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales (*definitional balancing*)³³². En términos semejantes, la Primera Sala de la SCJN habla de “ponderación concreta” y “ponderación abstracta”³³³.

Y es que, si bien la doctrina ha puesto énfasis en la ponderación hecha por jueces³³⁴, no es raro que, al dictar leyes, el legislador pondere diversos principios constitucionales³³⁵; empero, la ponderación legislativa siempre estará sujeta al control judicial de la constitucionalidad de leyes, en donde los tribunales revisarán, también mediante una ponderación, lo fundada o no que haya sido la ponderación legislativa desde un punto de vista constitucional; amén de los casos en que los tribunales ponderan principios en situaciones diversas al control constitucional de leyes.

Coincidimos con Bernal Pulido en que, probablemente, es Robert Alexy quien ha expuesto la estructura de la ponderación en forma más clara y precisa³³⁶, al grado que se le atribuye la “teoría estándar del juicio de ponderación”³³⁷. Por lo tanto, a continuación seguiremos al investigador alemán para exponer el tema de la ponderación de principios.

³³¹ *Ibidem*, p. 92.

³³² Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 31, p. 82.

Cfr. en términos similares Moreso, José Juan, *op. cit.*, nota 286, p. 234.

³³³ Sentencia de 17 de junio de 2009, dictada en el amparo directo en revisión 2044/2008, p. 19.

³³⁴ Por ejemplo, Prieto Sanchís indica que “la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. No es que el legislador no pueda ponderar”, aunque “en sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 140.

³³⁵ En este sentido, Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 13, p. 36.

Sobre la posibilidad de ponderaciones legislativas, *cfr.* también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 321, p. 124.

Lo que no puede hacer el legislador, como bien advierte Prieto Sanchís, es resolver el conflicto de principios mediante una norma general y absoluta, es decir, a través de una disposición que diga que siempre triunfará uno de ellos. *Vid.* Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 140.

Y es que en esos casos no habría una verdadera ponderación (pues un principio *siempre* desplazaría al otro), lo que implicaría establecer, legislativamente, una jerarquía definitiva de principios constitucionales.

³³⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 21.

³³⁷ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 499.

De igual forma, Brage afirma que el de Alexy es uno de los intentos más logrados de racionalizar el proceso de ponderación. *Cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 231.

Por su parte, Mijail Mendoza indica que las investigaciones de Alexy han llevado a la ponderación a un alto grado de sofisticación en su análisis y teorización, al grado de haber llegado a un modelo o teoría de la ponderación. *Vid.* Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, pp. 95 y 95.

En el mismo sentido, Moreso afirma que la concepción más articulada de la ponderación es la de Alexy. *Cfr.* Moreso, José Juan, *op. cit.*, nota 286, p.223.

Asimismo, sobre la importancia del pensamiento de Alexy, incluso en el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en la teoría constitucional contemporánea, *cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 93.

5.3.1.- La ley de colisión.

El punto de partida para hacer una ponderación, es entender en qué consiste lo que Alexy llama la “ley de colisión”, a la que dedicamos los siguientes párrafos.

Si utilizamos el símbolo “P” para representar la relación de precedencia, y “C” para identificar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, podremos ilustrar así las dos opciones que se tienen³³⁸:

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C$$

$$(P_2 \mathbf{P} P_1) C$$

En el primer caso, el principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 , por lo que en el asunto concreto prevalece P_1 , y P_2 tiene que ceder ante él, siempre que se reúnan las particulares condiciones específicas C . En cambio, en la segunda posibilidad, aunque los principios contendientes son los mismos, las específicas condiciones C de ese caso, hacen que P_2 preceda a P_1 ³³⁹. Por lo tanto, la precedencia de uno u otro principio está determinada por las particulares condiciones del caso específico.

De lo anterior, Alexy desprende la *ley de colisión* que formula en los siguientes términos: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”³⁴⁰.

Es decir, si $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ (o sea, si prevalece P_1), y si P_1 establece cierta consecuencia jurídica (a la que identificaremos como R), se puede formular una regla en donde C es el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica sería R , regla que se puede representar como $C \rightarrow R$ ³⁴¹.

Tal regla nos resuelve la colisión, sin embargo, la misma es establecida por el juzgador, de manera que no se trata de una regla preexistente, sino de una nueva regla creada en el procedimiento ponderativo para solucionar la colisión³⁴².

Empero, esta nueva regla puede ser aplicada posteriormente a otros casos (sistema de precedentes) a la luz de las similitudes que pudiera haber en diversos casos posteriores. Pero si el nuevo caso tiene características que lo diferencian del caso previo, no se aplicará la regla-resultado de la ponderación del caso previo, sino que se requerirá hacer una nueva ponderación; lo mismo puede suceder si el juzgador encuentra que la ponderación en el caso previo fue incorrecta³⁴³.

³³⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 92.

³³⁹ Esto es explicado por Alexy de la siguiente manera: “El principio P_1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2 , bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”. *Ibidem*, p. 93.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 94.

³⁴¹ *Idem*.

Asimismo, *cfr.* Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 153; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 546; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 104; y Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 190, p. 26.

³⁴² Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 321, p. 116.

³⁴³ Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, pp. 145 y 146.

Con esto queda claro, en términos generales, cómo funciona la relación de precedencia condicionada y cómo de ella se puede desprender una regla que ha de aplicar el juez. Sin embargo, falta por establecer cómo se llega a esa relación de precedencia condicionada, es decir, los pasos que debe seguir el juzgador para determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto; por lo que a continuación nos referiremos a la estructura de la ponderación.

5.3.2.- *La estructura de la ponderación.*

En primer lugar, hay que atender la llamada “ley de ponderación”³⁴⁴, la cual es formulada por Alexy de la siguiente manera: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”³⁴⁵.

La ley de ponderación indica que el juicio de ponderación se puede dividir en tres pasos, a saber³⁴⁶:

- a) Definir el grado de la afectación o no satisfacción de uno de los principios;
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego; y
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación al primero.

Por lo tanto, siempre que realicemos una ponderación, habrá que seguir esos tres pasos. Echemos un breve vistazo a cada uno de los pasos.

En el *primer paso*, existe la necesidad de graduar la intervención o afectación del primer principio, la cual puede medirse conforme a tres rangos: “leve” (*l*), “medio” (*m*), y “grave” (*g*)³⁴⁷. Así el juez debe hacer el análisis respectivo, y calificar la intervención al principio como grave, media o leve³⁴⁸.

³⁴⁴ O más precisamente, la “primera ley de ponderación”, conforme a la evolución y precisiones que Alexy ha ido introduciendo en su teoría de los principios. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 446.

También *vid.* Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 252, p. 117.

³⁴⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 161.

En términos similares, indica Brage: “Cuanto más sensiblemente se afecte a los interesados en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 223.

Asimismo, *cfr.* Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 321, pp. 132 y 133; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 252, p. 117; Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 266, p. 148; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 258; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 95; y Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 146.

³⁴⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 32; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 157, p. 96; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 258.

³⁴⁷ Alexy, Robert, “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 136; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 440; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 37; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 259.

Entre nosotros, *vid.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 50.

³⁴⁸ Un ejemplo de cómo medir la intervención nos es dado por Sánchez Gil: “una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto una que sólo le

Podemos simbolizar al principio intervenido como P_i , mientras que el grado de la intervención a ese principio se puede representar como I_i ³⁴⁹ o como IP_i ³⁵⁰. Y, a pesar de no ser estrictamente necesario, Alexy añade la especificación C para expresar las circunstancias del caso concreto que han de ser relevantes para la decisión³⁵¹.

De esta forma, “ IP_iC ” significa “la intensidad de la intervención (I) en P_i en el caso (C), que deber ser decidido”³⁵².

Ahora bien, al graduar la intervención del principio conforme al modelo triádico (“grave”, “media” o “leve”) se les puede asignar a cada uno de esos rangos un valor numérico conforme a una secuencia geométrica: 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, valores de 1, 2 y 4, de manera que el valor de cada rango de intervención sería: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$ ³⁵³. Esto será de utilidad al llegar al tercer paso de la ponderación, en particular cuando se tenga que resolver la llamada “fórmula del peso”.

En el *segundo paso* de la ponderación, también hay que hacer una graduación, pero en este caso es de la importancia de la satisfacción del otro principio. Este segundo principio en colisión se puede simbolizar con P_j , mientras que la importancia se representa con W , y se utiliza C para hacer referencia al hecho al que se le da importancia en el caso concreto a decidirse³⁵⁴.

Por lo tanto, “ WP_jC ” significa la importancia concreta de P_j ³⁵⁵, es decir, del segundo principio en colisión.

La importancia del segundo principio en el caso particular, también puede ser graduada conforme al modelo triádico como l , m o g ³⁵⁶, aunque en este caso los rangos serán “reducido”, “medio” o “elevado”, respectivamente³⁵⁷. Por lo tanto, el juzgador habrá de hacer el análisis correspondiente y calificar la importancia de la satisfacción del segundo principio como elevada, media o reducida.

Asimismo los valores que se le asignan a esos rangos son los mismos: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$ ³⁵⁸.

El *tercer paso* de la ponderación es determinar si la importancia de la satisfacción del segundo principio (P_j), justifica la afectación o no satisfacción del primer principio (P_i), para lo cual se utiliza la “fórmula del peso”³⁵⁹.

Esta fórmula del peso está integrada por tres variables: (a) el grado de afectación de cada uno de los principios en colisión en el caso concreto, es decir, el grado de intervención

impide ejercer su actividad bajo circunstancias particulares que representen un 10% del alcance de su ámbito profesional –por decirlo con números para hacerlo más simple y claro–, permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve”. Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 55.

³⁴⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 440.

³⁵⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 38.

³⁵¹ *Idem.*

³⁵² *Idem.*

³⁵³ *Ibidem*, pp. 42 y 43; y Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 444.

³⁵⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 38.

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

³⁵⁷ La utilización de los símbolos l , m y g tanto para graduar IP_iC como para graduar WP_jC , la hace Alexy para simplificar la exposición. *Cfr. Ibidem*, p. 37.

³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 40 y ss; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, pp. 442 y ss; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 24; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 252, p. 117; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 146.

en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio; (b) el peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, el valor de cada uno de ellos sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto; y (c) la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto³⁶⁰.

La primera variable de la fórmula del peso no es otra cosa más que asignarles valor a la afectación y el beneficio de los derechos involucrados, lo cual ya fue explicado previamente al exponer los dos primeros pasos de la ponderación. En cambio, hay que hacer unas breves referencias a la segunda y tercera variables de la fórmula del peso, para poder así tener en claro todos sus elementos y poderla comprender a cabalidad.

En cuanto al peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, la variable (b) de la fórmula del peso, Bernal Pulido nos dice que, aunque los principios puedan tener la misma jerarquía por cuanto a la fuente de donde provengan (por ejemplo, dos derechos fundamentales previstos en la Constitución), hay casos en que uno de ellos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo la concepción de los valores predominantes en la sociedad”³⁶¹. A decir de Alexy, esta variable sólo se debe integrar a la fórmula del peso cuando los principios en colisión tienen abstractamente diferente peso, pues cuando tiene el mismo peso abstracto se reducen mutuamente y no influyen en el resultado³⁶². De cualquier forma, y con fines ilustrativos, consideramos pertinente incluir en la fórmula la variable del peso en abstracto en casos en que ambos principios tienen abstractamente el mismo peso, pues si bien no influirá en el resultado y pudiera parecer ocioso, ayuda a comprender mejor la fórmula del peso.

Por lo que se refiere a la variable (c), es decir, la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto, hay que decir que no se refiere a la importancia substantiva de las razones o argumentos relativos al alcance de las intervenciones en P_i y P_j , sino a su calidad epistémica³⁶³. Aquí, el juez debe valorar cuánto grado de certeza hay en las premisas relativas al peso de cada principio en el caso concreto.

La seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto puede representarse como $SPiC$, mientras que seguridad en las en las

³⁶⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, pp. 41, 42 y 56.

³⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 23. Este autor pone como ejemplo el derecho a la vida que en abstracto tiene un peso mayor a la libertad, pues para poder ejercer la libertad es necesario primero tener vida. Otro ejemplo es el que “la jurisprudencia constitucional de diversos países ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático”. *Idem*.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo afirmado por Sánchez Gil en el sentido de que la preferencia que en abstracto pueda tener un principio respecto de otro, es sólo de carácter metodológico y preliminar, pero de ninguna forma definitiva y sustantiva. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 52 y 52.

En semejantes términos, *cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 417.

Por su parte, Laura Clérico explica: “La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión se ve relativizada por la pretensión de la consideración de las circunstancias especiales del caso, que hablan del peso concreto”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 149.

³⁶² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 41.

³⁶³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 446.

apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto puede representarse como $SPjC$ ³⁶⁴.

De aquí, Alexy deriva la “segunda ley de ponderación” o “ley epistémica de ponderación”, la cual reza: “*Cuanto mayor peso tiene la una intervención a un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes*”³⁶⁵.

Para medir la seguridad de las apreciaciones empíricas, también se puede establecer un modelo triádico, en donde las apreciaciones pueden ser: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores serían 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , respectivamente³⁶⁶.

Una vez explicadas las tres variables que integran la fórmula del peso, podemos establecer dicha fórmula, en donde GPi,jC significa el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, la versión amplia de la fórmula del peso es³⁶⁷:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GpjA \cdot SPjC}$$

Esto significa que el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto (GPi,jC), es igual al resultado de multiplicar la importancia concreta del segundo principio ($WPjC$) por el peso abstracto del segundo principio ($GpjA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto ($SPjC$), dividido ente el resultado de multiplicar la intensidad de la intervención al primer principio en el caso concreto ($IPiC$) por el peso abstracto del primer principio ($GPiA$) por la seguridad en las en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto ($SPiC$).

Pongamos a un ejemplo para ilustrar cómo funciona todo lo antes dicho, el cual nos es proporcionado por Carlos Bernal Pulido. Se trata de un caso en que la afectación que podría sufrir el derecho a la vida de la hija de personas practicantes de la religión evangélica, si se permitiera al padre y madre no llevarla al hospital en respeto a su libertad de cultos. En este ejemplo, colisionaría el derecho a la salud de la hija (Pi) y el derecho a la libertad de cultos de su padre y madre (Pj); la intensidad de la intervención al derecho de la hija es *grave* por lo que se le asigna el valor 4 ($IPiC = 4$), el peso abstracto de ese derecho también es el máximo por lo que se le otorga un valor de 4 ($GPiA = 4$), y existe *seguridad* en las premisas empíricas, de forma que por ser s se le otorga un valor de 1 ($SPiC = 1$); en cuanto al segundo principio, la satisfacción de la libertad de cultos es *media* por lo que se le asigna un valor de 2 ($WPjC = 2$), el peso abstracto de dicho derecho es *medio* (pues se puede argumentar que la religión no es una cuestión de vida o muerte) por lo que también se le

³⁶⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 56.

³⁶⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 446. La traducción al español es nuestra.

De igual manera, *cfr.* Rivers, Julian, “Proportionality, discretion and the second law of balancing” en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 170.

³⁶⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 447.

De esta forma, el valor de s es 1, de p es $\frac{1}{2}$, y de e es $\frac{1}{4}$. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 24.

³⁶⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 56; y Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 24.

asigna un valor de 2 ($GpjA = 2$), y asimismo hay *seguridad* de las premisas que califican como intensa la afectación a la libertad de culto (pues es seguro que ordenarles al padre y madre llevar a su hija al hospital, es una restricción a esa libertad) por lo que se le asigna un valor de 1 ($SPjC = 1$)³⁶⁸.

Así los resultados de la fórmula del peso en cuanto a la afectación del derecho a la vida de la hija, serían los siguientes³⁶⁹:

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De manera correlativa, el peso de la libertad de culto del padre y la madre sería el siguiente³⁷⁰:

$$GP_{j,i}C = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Por consiguiente, en este ejemplo, la satisfacción de la libertad de cultos (satisfecha sólo en 0.25) no justifica la intervención del derecho a la vida de la hija (afectado en 4), por lo que el resultado de la ponderación sería que el derecho a la vida precede en este caso concreto a la libertad de cultos, lo que serviría para concluir que en este asunto estaría ordenado por los derechos fundamentales ingresar a la hija al hospital³⁷¹.

Así, en el presente caso, la relación de precedencia condicionada sería ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , o más precisamente ($P_i \mathbf{P} P_j$) C , pues conforme a las circunstancias del caso, el derecho a la vida de la hija precede a la libertad de culto de su padre y madre. En este sentido, si prevalece P_i y está ordenado al padre y la madre llevar a su hija al hospital, la regla que se desprende de la ley de colisión sería que, al reunirse las circunstancias C (que una hija esté en peligro de muerte, que pueda salvarse mediante atención médica, que su padre y madre tengan una religión que prohíba el ingreso a los hospitales, etc.) se debe aplicar como consecuencia jurídica R la obligación de ingresar a la hija al hospital. Es decir $C \rightarrow R$, como ya se explicó previamente.

Ahora bien, existen casos en que, luego de aplicar la fórmula del peso, resulta que hay empate (un igual peso de ambos principios en colisión, es decir, $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$). En muchos de estos casos el empate es sólo aparente, pues casi siempre “existiría alguna pequeña diferencia o por lo menos una diferencia mínima entre el grado de intervención y la importancia concreta”³⁷²; por lo tanto, ese aparente empate derivado de aplicar el modelo triádico se podrá resolver aplicando modelos más refinados³⁷³. Si aun así, persiste el

³⁶⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 25.

³⁶⁹ *Idem.*

³⁷⁰ *Idem.*

³⁷¹ *Idem.*

Cfr. también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 321, pp. 130 y ss.

³⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 271, p. 46.

³⁷³ Por ejemplo, podría aplicarse un “modelo triádico doble” que, al ser de orden geométrico, constaría de nueve grados, pues no sólo habría intervenciones leves (l), medias (m) y graves (g), sino muy graves (gg), medianamente graves (gm), menos graves (gl), de media intensidad situadas en el límite superior (mg), de

empate (es decir, si estamos ante un verdadero caso de empate en donde el peso de ambos principios es absolutamente igual) se debe acudir a las cargas de la argumentación³⁷⁴, las que nos indicarían cómo se debe resolver una colisión concreta en casos de duda³⁷⁵.

Antes de concluir lo relativo a la estructura del juicio de ponderación³⁷⁶, hay que señalar que esta técnica de aplicación de normas jurídicas ha recibido críticas y objeciones, sobre todo en el sentido de que puede llevar a resoluciones arbitrarias o irracionales³⁷⁷, e incluso, decisionistas o subjetivas³⁷⁸.

Robert Alexy refuta acertadamente estas ideas, no sin antes reconocer la importancia y papel predominante que ha tenido la ponderación en la práctica jurídica de los tribunales³⁷⁹ e, incluso, advierte que si la ponderación fuera incompatible con la corrección y la justificación, no tendría lugar alguno en el mundo del derecho, y, por tanto, la evolución del derecho constitucional alemán en los últimos 50 años estaría contaminada, en su mismo núcleo, por el error³⁸⁰. Si bien ese autor reconoce que la ponderación no es un procedimiento que conduzca exactamente a un resultado en cada caso, niega tajantemente que la ponderación no sea un procedimiento racional (irracional)³⁸¹.

media intensidad situadas en el ámbito medio (*mm*), de media intensidad situadas en el límite inferior (*ml*), leves que se ubican en un ámbito superior (*lg*), leves que se ubican en un ámbito medio (*lm*) y muy leves (*ll*). Cfr. *Ibidem*, pp. 46 y 47.

Estos nueve grados se les aplicarían valores que irían de 2⁰ a 2⁸. Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 445.

³⁷⁴ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 198, p. 26; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 252, p. 117.

³⁷⁵ Destaca Bernal Pulido que Alexy parece sostener posturas diversas, pues en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* defiende una carga argumentativa a favor de la libertad y la igualdad jurídicas, en donde el empate jugaría a su favor (lo que coincide con la máxima *in dubio pro libertate*); mientras que en su artículo “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Alexy sostiene que si la intervención aparece como no desproporcionada debe ser declarada constitucional, es decir, el empate jugaría a favor de la medida que se enjuicia. Bernal proporciona dos posibles interpretaciones sobre la posición de Alexy: “Por una parte Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia el principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o en la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios”. Cfr. *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Según nos refiere Lopera, Alexy advirtió esta contradicción y dio una propuesta de solución en una conferencia que pronunció en la Universidad de Alicante el 24 de mayo de 2004, indicando que “la prioridad prima facie de los derechos fundamentales frente a otro tipo de razones normativas ya viene garantizada mediante el mayor peso abstracto que se reconoce a los primeros en la ponderación, lo que permite mantener el *in dubio pro legislatore* como única regla de decisión en caso de empate”. Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 541.

³⁷⁶ Existen otras formas para representar la estructura de la ponderación, que son menos detalladas que la de Alexy. Por ejemplo, podemos mencionar la de Sieckmann, quien indica que la ponderación consta de tres elementos: *a*) los principios colisionantes, *b*) el procedimiento de ponderación, y *c*) el resultado de la ponderación. Vid. Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 321, pp. 121 a 123.

³⁷⁷ Cfr. la crítica que Jürgen Habermas hace a la ponderación, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 347, p. 134.

³⁷⁸ Cfr. también la crítica de Bernhard Schlink, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 436.

Carla Huerta Ochoa parece compartir estas objeciones cuando afirma que la ponderación: “Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante”. Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 175.

³⁷⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 436.

³⁸⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 347, p. 135.

³⁸¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 157.

En efecto, la ponderación no es por sí misma irracional, pues tiene (como la tienen todos los juicios) una pretensión de corrección, y esa pretensión estaría basada en que los juicios acerca del grado de intensidad en las intervenciones a los principios son *razones*³⁸². Poniendo como ejemplo el caso *Titanic* resuelto por el Tribunal Constitucional alemán³⁸³, Alexy advierte que, al hacer la ponderación, el tribunal *dio una serie de argumentos* para calificar ciertas intervenciones a la libertad de expresión como graves y otras como leves, así como para concluir que algunas intervenciones al derecho general de la personalidad que se presentaron en el caso fueron leves y otras graves; al final no hubo ausencia de argumentos, e incluso, los argumentos conforme a los que se resolvió el caso fueron *buenos argumentos*, por lo que no se puede decir que esa ponderación fue arbitraria³⁸⁴.

Esto nos permite concluir que un juicio de ponderación no es irracional o arbitrario, siempre que el mismo esté basado en buenos argumentos o argumentos correctos, lo que nos lleva a la teoría de la argumentación jurídica. En efecto, será la teoría (o teorías) de la argumentación jurídica el instrumento que nos proporcionará cánones o parámetros para medir la *corrección material*³⁸⁵ de la ponderación. Así por ejemplo, podemos comprobar si

Vid. también Moreso, José Juan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos” en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 61.

³⁸² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 347, p. 139.

³⁸³ En este caso, una revista de sátira, *Titanic*, describió a un oficial como “nacido asesino” y “tullido”. El tribunal tuvo que ponderar la libertad de expresión de *Titanic* con el derecho general de la personalidad (vinculado con la dignidad) del oficial. Respecto de la expresión “nacido asesino” se estableció que intervenía el derecho a la personalidad en forma moderada o incluso leve, pues se introdujo en el contexto de una sátira y en forma “reconociblemente humorística”, por lo que dicha expresión no podía ser vista como “como un daño ilícito, serio e ilegal al derecho a la personalidad”; mientras que en contrapartida, la intervención a la libertad de expresión sería grave, en tanto la condena al pago de daños podría minar la intención de seguir publicando la revista en la forma que se había hecho antes.

Por lo que hace al uso de la expresión “tullido”, la cosa fue diferente, pues el Tribunal Constitucional determinó que la afectación al derecho de la personalidad del oficial fue seria y contraria a su dignidad, ya que al describir a una persona discapacitada como “tullido” se suele considerar actualmente como algo humillante y falto de respeto; y ante esa intensidad en la afectación del derecho de la personalidad, no hay razón que lleve a justificar la satisfacción de la libertad de expresión mediante el uso de la palabra “tullido”. Por lo tanto, respecto del uso de la expresión “nacido asesino” la libertad de expresión tuvo precedencia sobre el derecho a la personalidad, pero en relación con el empleo del vocablo “tullido” el derecho a la personalidad tuvo precedencia sobre la libertad de expresión. *Cfr. Ibidem*, pp. 137 a 139.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 139.

De igual forma, Luis Prieto Sanchís no cree “que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación)”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, pp. 148 y 149.

³⁸⁵ En materia de argumentación jurídica se puede distinguir entre corrección formal y corrección material de los argumentos. Las ciencias formales (la lógica y las matemáticas) nos dan los criterios para saber si un argumento es formalmente correcto, es decir, nos proporcionan la estructura adecuada de los argumentos, pero no nos dan criterios respecto al contenido o materia de los argumentos. Es por eso que hay que acudir a las teorías que se han desarrollado en materia de argumentación jurídica para ver si un argumento es materialmente correcto. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 1a. reimp., IJ-UNAM, 2004, pp. 13 y 14.

En este orden de ideas, Luis Prieto Sanchís afirma que el Estado constitucional de derecho “reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el

los argumentos que dio el tribunal para calificar una intervención como grave, media o leve, pueden considerarse correctos (y por lo tanto, concluir que el juez aplicó bien la ponderación) o si, por el contrario, los argumentos fueron falaces o incurrieron en deficiencias argumentativas (en cuyo caso, el juez no aplicó correctamente la ponderación)³⁸⁶.

Además, tal y como sucede con la subsunción (que es la otra forma de aplicar normas)³⁸⁷, la ponderación tiene una estructura que, si se sigue o respeta, nos permite medir la *corrección formal* de este juicio; esta estructura es la que ya se explicó previamente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que trabaja con las reglas de la lógica, mientras que la fórmula del peso representa un esquema que trabaja con las reglas de la aritmética. Así, tanto la ponderación como la subsunción, tienen estructuras similares en cierto grado, pues en cada uno de estos juicios se pueden identificar una serie de premisas de las que se logra obtener el resultado; sin embargo, ni la estructura de subsunción ni la estructura de la ponderación contribuyen directamente a la justificación del contenido de sus premisas, pues sólo proporcionan *criterios de corrección formal*³⁸⁸.

Por consiguiente, tanto en la subsunción como en la ponderación, los jueces deben atenerse a la estructura formal de cada una de esas maneras de aplicación de normas. Asimismo, en ambos casos existirá el riesgo de que, para establecer las premisas de la subsunción (justificación externa de las premisas que integrarán el silogismo) y de la ponderación (atribución de valores o graduación de la intervención en los principios en colisión), el juez incurra en argumentos no válidos o no atendibles, lo que implicaría una incorrección material; pero ese riesgo es compartido tanto por la subsunción como por la ponderación. De esta forma, no se sostiene la opinión de que la ponderación sea una técnica más arbitraria o irracional que la subsunción.

Es por eso que, al referirse a la ponderación, Arturo Berumen afirma que “este modelo sale bien librado, (...) aunque no nos proporcione una total seguridad jurídica que, por otro lado, es sólo relativa en el ámbito de las prácticas sociales”³⁸⁹. Mientras que el jurista colombiano, Carlos Bernal Pulido, afirma que si bien es cierto que la ponderación (y en particular la fórmula del peso) no es un procedimiento algorítmico que ofrezca una única

consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 155.

Igualmente, Alexy explica que el modelo de ponderación como un todo, nos da un criterio para vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. *Vid.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 167.

En el mismo tenor, indica Lopera que “la ponderación, y el principio de proporcionalidad en su conjunto, necesariamente han de abrirse y apoyarse en una teoría de la argumentación práctica general”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 503.

Mientras que Eduardo Ribeiro nos refiere que la supremacía de los principios viene a complementarse con la argumentación jurídica. *Cfr.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 355.

³⁸⁶ En particular sobre la fórmula del peso, Clérico afirma: “Esta fórmula trabaja con incógnitas que requieren ser despejadas a través del uso de argumentos generales y/o a través de teorías materiales de interpretación constitucional, entre otras”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 286, p. 146.

³⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 251, p. 432.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 448.

En términos similares, *cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 503.

Asimismo, Mathews y Sweet indican que el principio de proporcionalidad es sólo un procedimiento analítico, por lo que no produce los resultados por sí mismo. *Cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 76.

³⁸⁹ Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 184, p. 355.

respuesta correcta, aun así es un procedimiento claro, con una estructura jurídica libre de contradicciones, y que, además, explicita los elementos que debe considerar el juez para la corrección formal de su decisión³⁹⁰.

De igual forma, Brage Camazano afirma que la técnica de ponderación no sólo no es contraria a la seguridad jurídica, sino que está al servicio de la justicia y controla que ningún poder invada inconstitucionalmente la libertad de los individuos, amén de que su aplicación progresiva ha permitido la construcción sistemática de reglas racionales de prevalencia, mismas que conducen a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica³⁹¹.

Explicada la estructura de la ponderación, pasemos al siguiente apartado para concluir con el tema de la ponderación.

5.3.3.- *Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscritas.*

Como ya se explicó³⁹² no sólo son normas de derecho fundamental aquellas directamente dictadas por disposiciones iusfundamentales, sino también las normas jurídicas que pueden adscribirse mediante una fundamentación iusfundamental correcta. En este sentido, si se hace una ponderación iusfundamental correcta, como resultado se puede formular una norma de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso. Por lo tanto, hay normas de derecho fundamental que son principios y otras que son reglas³⁹³.

5.4.- *El principio de proporcionalidad en México.*

Nuestro país no ha sido ajeno a esta evolución constitucional y ha utilizado el principio de proporcionalidad para resolver casos constitucionales. Sin embargo, la aplicación sistemática de la máxima en estudio apenas se está dando. En este sentido, Silva Meza nos dice que en México se ha comenzado a usar el principio de proporcionalidad para racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales³⁹⁴.

Nuestra justicia federal, durante el s. XX, se pronunció sobre diversos aspectos que integran o dan sustento al principio de proporcionalidad, de una manera más bien esporádica y no sistemática, como por ejemplo, al señalar que ningún precepto

³⁹⁰ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH / Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 61.

En términos similares, *vid.* Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 190, p. 259.

³⁹¹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 351.

Cfr. también Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, pp. 40 y ss, en donde se dan una serie de argumentos en contra de las críticas a la ponderación.

³⁹² *Vid. supra* el apartado 2.3.

³⁹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 97 y 98.

³⁹⁴ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 251, p. 390.

Cfr. también Huerta Ochoa, Carla, “The notion of ‘principle’ in legal reasoning as understood in Mexican law”, *Mexican law review*, nueva serie, IIJ-UNAM, vol. II, núm. 1, julio-diciembre 2009, pp. 104 y ss.

constitucional prevalece sobre los demás (al tener todos la misma jerarquía)³⁹⁵, al prohibir el ejercicio arbitrario de facultades discrecionales de la administración pública³⁹⁶, al indicar la necesidad de equilibrar el principio de seguridad jurídica y el de agilidad de la justicia³⁹⁷, al determinar que los derechos fundamentales pueden restringirse en la medida necesaria para asegurar la libertad de los demás³⁹⁸, al restringir la libertad de ocupación³⁹⁹, etc.

Empero, es a inicios del s. XXI cuando el principio de proporcionalidad empieza a ser utilizado con más intensidad por la judicatura federal, por ejemplo, para determinar las restricciones aceptables al derecho de acceso a la justicia⁴⁰⁰, para señalar que los principios y valores deben coexistir y ponderarse⁴⁰¹, para establecer las restricciones a la libertad de ocupación⁴⁰², para concluir que ciertas restricciones al traspaso de órganos no cumplen con el subprincipio de necesidad⁴⁰³, para analizar los alcances de la prohibición de censura previa⁴⁰⁴, e incluso, para señalar que las colisiones entre derechos fundamentales de dos particulares deben resolverse mediante una ponderación y sin afectar el contenido esencial de cada derecho⁴⁰⁵.

³⁹⁵ Pleno de la SCJN, “CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ”, *Semanario judicial de la federación*, 7a. época, vol. 39, primera parte, p. 22.

³⁹⁶ Segunda Sala de la SCJN, “FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO”, *Apéndice al semanario judicial de la federación 1917-2000*, 6a. época, t. III, p. 45.

³⁹⁷ Segunda Sala de la SCJN, “DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES”, *Semanario judicial de la federación*, 7a. época, 181-186, tercera parte, p. 55.

³⁹⁸ Pleno de la SCJN, “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, *Semanario judicial de la federación*, 5a. época, t. XI, p. 3630.

³⁹⁹ Segunda Sala de la SCJN, “LIBERTAD DE TRABAJO”, *Semanario judicial de la federación*, 5a. época, t. LXI, p. 4026.

⁴⁰⁰ Primera Sala de la SCJN, “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, p. 513.

⁴⁰¹ Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 955.

⁴⁰² Pleno de la SCJN, “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 50., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, p. 143

⁴⁰³ Pleno de la SCJN, “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 54.

⁴⁰⁴ Primera Sala de la SCJN, “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, p. 632.

⁴⁰⁵ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

El primer caso que conocemos en donde se expone en forma sistemática el principio de proporcionalidad, fue resuelto en 2002 por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la que señaló:

Ese principio –afirma el tribunal refiriéndose al principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales– genera ciertos criterios básicos que conducen a asegurar una correspondencia entre las determinaciones que puede adoptar la autoridad administrativa electoral en la investigación de los hechos denunciados, y los bienes jurídicos o derechos fundamentales que, con motivo de ellas, pudieran resultar restringidos o afectados; dichos criterios atañen a la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad* de las medidas encaminadas a la obtención de elementos de prueba⁴⁰⁶. (Énfasis añadido).

Con acierto, Sánchez Gil indica que el mérito de nuestro máximo tribunal electoral es haber sentado un precedente en el que, por primera vez, se explica el principio de proporcionalidad en forma panorámica, además de haber señalado que su fundamento son los aa. 14 y 16 constitucionales⁴⁰⁷.

De igual forma, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, evidentemente influenciado por el pensamiento de Alexy, estableció la tesis que a continuación se transcribe:

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro⁴⁰⁸.

Incidente de suspensión (revisión) 247/2005. Investigación Farmacéutica, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

Incidente de suspensión (revisión) 282/2005. Bonaplást, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González.

Incidente de suspensión (revisión) 292/2005. Laboratorios Keton de México, S.A. de C.V. 10 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez

La primera *jurisprudencia* sobre el principio de proporcionalidad, es decir, el primer precedente obligatorio que sistematiza el principio en estudio, fue dictado por la Primera Sala de la SCJN, concretamente para asuntos relativos al principio de igualdad, señalándose que:

⁴⁰⁶ Sentencia dictada el 7 de mayo de 2002 en el recurso de apelación SUP-RAP-050/2001.

Tesis publicada bajo el rubro “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, México, p. 235.

⁴⁰⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 77; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 285, p. 478.

⁴⁰⁸ *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1579.

En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos⁴⁰⁹.

Sin embargo, el parte aguas en esta materia fue la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de la SCJN relativa los asuntos relativos a los militares con VIH⁴¹⁰, en la que el principio de proporcionalidad se desarrolló en forma sistemática, constituyéndose en un criterio de aplicación obligatoria para el resto de los tribunales⁴¹¹. Dada la importancia del presente caso para el constitucionalismo mexicano, y su utilidad para sustentar el principio de proporcionalidad en nuestro país, nos referiremos brevemente a lo determinado por nuestro máximo tribunal sobre el principio de proporcionalidad en este fallo.

Comienza la SCJN reconociendo que el asunto consiste en una colisión de principios constitucionales, a saber:

por un lado, el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad de que las autoridades en dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, exigir ciertas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del ejército (artículos 4º, 13, 31, 32, 123, B, XIII, 129 de la Constitución), mientras que, por otro lado, las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud exigen que todos los gobernados, incluyendo a los miembros del ejército, se encuentren protegidos frente a medidas que impliquen tratamientos diferenciados desproporcionales, arbitrarios y/o injustificados basados exclusivamente en dicho motivo (artículos 1º y 4º constitucionales)⁴¹².

Inmediatamente después, afirma que en los conflictos entre normas constitucionales debe descartarse cualquier solución que consista en la inaplicación o eliminación de una de esas normas, en virtud de que el juez constitucional no está facultado para inobservar normas, pues “el principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios

⁴⁰⁹ “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁴¹⁰ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴¹¹ En este sentido, *cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 285, p. 481.

⁴¹² Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 89.

que contiene deben interpretarse de manera sistemática”, de tal forma que resulta necesario “armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida”⁴¹³.

Luego de hacer este planteamiento, la SCJN ahonda sobre el mismo:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que si la Constitución admite restricciones de una garantía individual por medio de la ley, el legislador —en su carácter de poder constituido— debe dejar intacto el derecho constitucional respectivo en su núcleo.

En el momento en el que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal⁴¹⁴.

Por lo tanto, nuestro Máximo Tribunal estima como relevantes los conceptos de “contenido esencial” y “proporcionalidad constitucional”, los cuales sirven para “la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos y para establecer los límites del desarrollo y reglamentación legislativa de las garantías individuales”⁴¹⁵. Determinando, a continuación, que el principio de proporcionalidad se desprende de la Constitución como exigencia del principio de legalidad y de la prohibición constitucional de actuar arbitrariamente o con exceso en el poder⁴¹⁶.

La SCJN pone especial énfasis en señalar que el principio de proporcionalidad no es novedoso en México, sino que hay varios precedentes sobre él en nuestros tribunales y en los votos particulares de algunos ministros. Incluso, la sentencia parte de decisiones previas de la propia SCJN para sistematizar el principio de proporcionalidad⁴¹⁷ de la siguiente manera:

De la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, entendida desde un punto de vista integral, se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención⁴¹⁸.

Se aprecia que la SCJN claramente retoma los tres subprincipios tradicionales de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y ponderación (proporcionalidad *stricto sensu*); lo único que hace nuestro tribunal es separar expresamente los dos elementos que integran el subprincipio de idoneidad: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención en el derecho fundamental sea idónea para favorecer la obtención de ese fin

⁴¹³ *Ibidem*, p. 90.

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁴¹⁷ Silva García, Fernando, “VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN)”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 18, enero-junio 2008, p. 311; y Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, pp. 380 y 381.

⁴¹⁸ Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 100.

(indicados en la sentencia con los incisos *a*) y *b*))⁴¹⁹. Remitimos al lector al apartado 5.2.1 del presente capítulo para más detalles sobre el subprincipio de idoneidad.

En cuanto lo que aquí nos interesa, finaliza la Corte señalando que estima adecuado el principio de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de la ley en cuestión⁴²⁰.

Con posterioridad la propia SCJN⁴²¹, como algunos tribunales colegiados de circuito⁴²² han aplicado el principio de proporcionalidad en sus resoluciones (aunque no siempre en la forma más adecuada o con los mejores resultados⁴²³).

⁴¹⁹ Con esto, nuestra SCJN se decanta por la menos ortodoxa forma de división del principio de proporcionalidad en cuatro etapas, en lugar de tres; cuestión que, desde luego, es meramente teórica y no incide en el resultado de este *test*. Para un análisis de este tipo, *cf.* Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 266, p. 137; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 251, p. 75.

⁴²⁰ Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 104.

En el presente caso, se impugnó el a. 226, segunda categoría, fr. 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, disposición que señala que la “seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias” es una causal de “retiro por inutilidad del ejército”.

Como se dijo, la SCJN encontró como sustento constitucional de esa norma legal el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del ejército; así como también determinó que en este caso aplica el principio de igualdad y no discriminación por razón de salud. Así, al utilizar el principio de proporcionalidad para determinar qué principio debía prevalecer en el presente caso, la Corte determinó que:

1) La diferenciación legal que hace esa norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima (es decir, se cumple con el primer requisito del subprincipio de idoneidad);

2) Pero que la diferenciación legal es *inadecuada* para alcanzar esa finalidad legítima, pues el ser portador del VIH no implica una inutilidad o incapacidad *per se* para formar parte del ejército, y porque que no hay beneficio alguno para la salud pública con el aislamiento a una persona que padece VIH o SIDA, ya que tal padecimiento no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria, como ha demostrado la ciencia médica. Además, apunta la Corte, el legislador pudo tomar otras medidas para proteger la salud de los demás miembros del ejército y de la sociedad sin afectar los derechos fundamentales de los individuos, como la aplicación de medidas preventivas –como la educación– o mecanismos objetivos, razonables y no excesivos dirigidos a evitar riesgos de contagio (es decir, no se cumplió con el segundo requisito del subprincipio de idoneidad).

3) La diferenciación que hace la ley es *desproporcional*, porque al existir alternativas para que el legislador salvaguardara la eficacia del ejército (como la reubicación del afectado), que limitarían en menor grado (sin nulificar) el principio de igualdad y no discriminación, la medida resultó innecesaria (es decir, no se cumplió con el subprincipio necesidad).

4) Tal diferenciación legislativa carece de razonabilidad, pues no hay bases para equiparar que “enfermedad” es sinónimo de “inutilidad”, pues se puede padecer una enfermedad y estar en capacidad de realizar diversas tareas. Señalando la SCJN que: “No es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad para poder llevar a cabo las tareas encomendadas que esa carencia genera” (es decir, no se cumplió con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por consiguiente, el Pleno de la SCJN declaró inconstitucional el a. 226, segunda categoría, fr. 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Cabe destacar que, técnicamente, no era necesario que la SCJN aplicara todos los subprincipios de la proporcionalidad, pues al tratarse de un examen escalonado, debió detenerse al constatar que no se cumplía con el primer subprincipio, siendo irrelevante que se cumplieran o no los demás. Sin embargo, nos da la impresión que, al ser el primer caso donde el Pleno de la SCJN sistematizó el principio de proporcionalidad, pretendió dar una ilustración sobre cómo debe aplicarse tal principio.

⁴²¹ Segunda Sala, “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, junio de 2008, p. 440, y *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, abril de 2010, p. 427; Primera Sala, “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, *Semanario*

judicial de la federación y su gaceta, 9a. época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462; Pleno, “LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 599; Primera Sala, “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278; Primera Sala, “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 928; Primera Sala, “CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 357.

⁴²² Cfr., por ejemplo, la tesis del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “MULTAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS EN MATERIA DE EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE. COMO SU IMPOSICIÓN NO TIENE LA FINALIDAD DE SALVAGUARDAR EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESULTA INAPLICABLE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CUANDO AQUÉLLAS SE CONTROVIERTAN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, julio de 2008, p. 1749; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2788; del mismo tribunal administrativo encontramos la tesis “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1390; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “INTIMIDAD Y DERECHO PROBATORIO. EN CASO DE COLISIÓN DE ESTOS DERECHOS FUNDAMENTALES, AQUÉL DEBE CEDER FRENTE A ÉSTE, PERO DE MANERA RACIONAL Y PROPORCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1302; Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1661; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2788; Segundo Tribunal Colegiado en Materia civil del Sexto Circuito, “APELACIÓN. LOS ARTÍCULOS 382 Y 392 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE PUEBLA, QUE ESTABLECEN LOS REQUISITOS QUE IMPERATIVAMENTE DEBEN COLMARSE EN EL ESCRITO POR EL CUAL SE INSTE AL TRIBUNAL DE ALZADA, ASÍ COMO LA SANCIÓN EN CASO DE NO SEGUIRSE TAL RIGORISMO, CONTRARÍAN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1922; Primer Tribunal Colegiado Auxiliar con residencia en Guadalajara, “JUICIO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 29, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE JALISCO, QUE OBLIGA A CONSIDERARLO IMPROCEDENTE EN LOS CASOS EN QUE EL ACTO IMPUGNADO NO SEA DE AQUELLOS CUYO CONOCIMIENTO LE COMPETA AL TRIBUNAL DE LO ADMINISTRATIVO

La utilización del principio de proporcionalidad por parte de jueces mexicanos ha generado aceptación, calificándose como positiva y vanguardista⁴²⁴, no obstante se han señalado algunas críticas –menores, por cierto–, como el que la SCJN no reconoció expresamente que el principio de proporcionalidad lo importó de otros sistemas jurídicos, o que no hizo un examen escalonado y progresivo de cada subprincipio⁴²⁵.

Se observa así, que, sin perjuicio de las ligeras críticas que se le han formulado, el principio de proporcionalidad es ya un estándar aceptado en nuestro poder judicial federal para resolver colisiones de derechos fundamentales. Desde luego, apenas estamos en una etapa inicial del desarrollo de ese principio, por lo que poco a poco, nuestros tribunales lo irán detallando y perfeccionando, a la par que se vayan familiarizando con él.

6.- Restricciones a los derechos fundamentales.

Actualmente existe consenso en que los derechos fundamentales no son absolutos⁴²⁶, aunque no siempre se tuvo esta concepción, como sucedió en la doctrina del s. XVIII y en sus respectivos textos, como por ejemplo, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789⁴²⁷. Empero, tal doctrina es errónea, pues, como afirma Brage, los derechos fundamentales no son, ni fueron nunca, derechos ilimitados, en tanto el titular de esos derechos no es un individuo aislado y soberano, sino al contrario, vive y se relaciona

LOCAL, VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, junio de 2010, p. 985.

⁴²³ Uno de los casos más notorios y más decepcionantes sobre una pésima “aplicación” del principio de proporcionalidad, se dio precisamente en materia de *derechos de autor*. Nos referimos a la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 51.

Para una crítica de ese caso, *cfr.* Sánchez Gil, Rubén, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 379 y ss (quien incluso pone en tela de duda si se trata de la peor sentencia de la SCJN –lo cual ya es mucho decir–).

⁴²⁴ Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 28, p. 185; Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, pp. 370 y 387; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 285, pp. 473 y 474; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, pp. 280 y 281.

⁴²⁵ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 255, p. 388.

⁴²⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 47, p. 196; Fernández Segado, Francisco, “Los derechos constitucionales” en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 84; Pérez Tremps, Pablo, “Los derechos fundamentales. Teoría general” en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 33; Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 137; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 241.

Asimismo, *cfr.* la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

⁴²⁷ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 35.

En este sentido, Silva García y Silva Meza nos refieren: “Durante mucho tiempo se sostuvo que los derechos fundamentales son absolutos e ilimitados, por encontrarse íntimamente ligados a la naturaleza humana”. Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 240.

en sociedad, por lo que para una convivencia armónica dentro del Estado debe cohonestar sus libertades con las de los demás⁴²⁸. Como bien apuntan Silva García y Silva Meza: “el hombre es libre hasta el límite que afecte derechos previstos jurídicamente en beneficio de otros individuos o desarmonice el orden social procurado a través de normas jurídicas válidas”⁴²⁹.

De ahí que los derechos fundamentales estén sujetos a límites o restricciones. Esto en el sentido de que sus titulares no pueden hacer lo que les venga en gana, pero nunca en el sentido de que el legislador puede cercenarlos libremente⁴³⁰.

A continuación nos referiremos a algunos de los puntos más destacables respecto de las restricciones a los derechos fundamentales, los cuales nos permitirán avanzar en la comprensión de los aspectos elementales de tal tipo de derechos y, además, nos proporcionarán algunas herramientas para también analizar las restricciones al derecho autoral de explotación más adelante.

6.1.- Teorías interna y externa de las restricciones.

Como afirma Borowski⁴³¹, la discusión sobre las restricciones a los derechos subjetivos (principalmente en el derecho civil), llevó al debate sobre las “teorías de las restricciones”: la interna y la externa. Estas teorías también son parte importante del estudio de los derechos fundamentales⁴³².

En la *teoría externa de las restricciones* (también llamada “teoría de los derechos limitables”) se parte de dos objetos jurídicos diversos: (a) el derecho *prima facie* o derecho no limitado, y (b) la restricción de ese derecho. La consecuencia de la restricción, sería la obtención de un derecho definitivo o limitado⁴³³. Algo que forma parte del contenido del derecho previo a su restricción, deja de serlo después de tal restricción⁴³⁴. Esto nos es explicado por Alexy de la siguiente forma:

El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas –el derecho y sus restricciones– entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*⁴³⁵.

En cambio, la *teoría interna de las restricciones* (también conocida como “teoría de los derechos no limitables”) afirma que inicialmente ya existe un derecho de contenido determinado, es decir, un derecho con límites concretos. A tales límites se les suele llamar

⁴²⁸ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 36.

⁴²⁹ Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 240.

⁴³⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 137.

⁴³¹ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 66.

⁴³² Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 268 y ss; Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003, pp. 67 y ss; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 404.

⁴³³ Borowski, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales” (trad. Rodolfo Arango), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, p. 31; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, pp. 405 y 406.

⁴³⁴ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 69.

⁴³⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 268.

“inmanentes”, y no se les puede denominar “restricción”, en tanto la restricción es una reducción o disminución del derecho⁴³⁶. De igual forma, nos indica Alexy:

Según ella –indica el citado autor respecto de la teoría interna–, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho deber ser o no limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de “límites” en lugar de “restricciones”, se habla de “restricciones inmanentes”⁴³⁷.

Bajo esta concepción, lo que hace el operador jurídico es comprobar si el contenido *aparente* del derecho es en realidad su contenido *verdadero*⁴³⁸. De manera que: “Quien únicamente puede invocar un derecho aparente, actúa *sin* derechos, y no con derechos reducidos o restringidos”⁴³⁹.

Estimamos, junto con Alexy⁴⁴⁰, Bernal⁴⁴¹, Brage⁴⁴², Del Toro⁴⁴³, y Borowski⁴⁴⁴, que la teoría más adecuada es la externa, pues explica mejor el fenómeno de las restricciones a los derechos fundamentales, facilita la labor del juzgador en tanto permite reconstruir la colisión de derechos fundamentales (y otros bienes constitucionales), nos posibilita distinguir con mayor claridad la “restricción” de otras figuras similares como la “configuración”, y ayuda en mayor medida al cumplimiento de las normas iusfundamentales,

ya que los llamados límites intrínsecos, internos o inmanentes son una aberración jurídica a través de la que pretende burlarse el sistema, cuidadosamente construido y dolorosamente conquistado, de protección de la libertad en que los derechos fundamentales consisten, bien que tales concepciones tienen en algunos casos un alcance muy limitado, pero han de ser igualmente rechazadas, a nuestro juicio, en la medida en que abren un peligroso portillo y pretenden introducir un verdadero *caballo de Troya* en el seno de los derechos fundamentales⁴⁴⁵.

⁴³⁶ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 32.

⁴³⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 268 y 269.

⁴³⁸ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 33.

⁴³⁹ *Idem.*

⁴⁴⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 271.

⁴⁴¹ Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo” en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / IJ-UNAM, 2007, p. 308.

⁴⁴² Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, pp. 81 y 82.

⁴⁴³ Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 405.

⁴⁴⁴ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 34.

De hecho, este autor nos explica que los derechos de la actual Ley Fundamental alemana han sido tratados en términos de la teoría externa por su Tribunal Constitucional y en forma casi unánime en la doctrina germánica. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 74.

⁴⁴⁵ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 81.

De hecho, resulta interesante lo indicado por Borowski en el sentido de que la teoría nacional-socialista de los derechos fundamentales desarrollada en el *Tercer Reich* se inclinaba por la teoría interna de las restricciones. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 33.

Mientras que Bernal indica: “Diversos autores han señalado que este procedimiento propuesto por la teoría interna genera un déficit de fundamentación en la detriminación del contenido de los derechos fundamentales y abre las puertas para que las sentencias del Tribunal Constitucional se construyan solamente sobre la base de pseudofundamentaciones”. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 441, p. 314.

Además, como bien indica Lopera, “la teoría externa alienta una visión en cierto modo más realista acerca de los derechos, pues pone en evidencia que su fuerza normativa depende, en definitiva, de la importancia que estemos dispuestos a conceder a su garantía frente al peso que atribuimos a las razones que abogan por su restricción”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 256, p. 169.

Dada nuestra adhesión a la teoría externa, estimamos más adecuado hablar de “restricciones” que de “límites”. De igual forma, y siguiendo Brage⁴⁴⁶, consideramos más afortunado hablar de “restricciones a los derechos” que de “restricciones de los derechos” (puesto que esta última expresión da a entender que la restricción es algo inmanente o perteneciente al propio derecho).

6.2.- Conceptuación de las restricciones a los derechos fundamentales.

Siguiendo la teoría externa (explicada en el apartado previo), corresponde ahora contestar la siguiente pregunta: ¿qué son las restricciones a los derechos fundamentales?

Una primera porción de la respuesta nos es dada por Robert Alexy, al indicar que “las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*”⁴⁴⁷. Si bien esta respuesta es de carácter circular, nos proporciona un primer dato relevante: tales restricciones son normas⁴⁴⁸. Aunque para ser más precisos, cabe decir que una restricción no es, en estricto sentido, una norma jurídica, sino algo que deriva de la norma; es decir, hay que distinguir entre *norma o cláusula restrictiva* y la *restricción*, en tanto la primera es un mandato y la segunda es el efecto que produce esa norma (intervención) en un derecho subjetivo⁴⁴⁹.

Ahora bien, no cualquier norma puede ser una restricción a los derechos fundamentales (o mejor dicho, fuente de una restricción a estos derechos), sino que se requiere que sea una norma *constitucional*⁴⁵⁰, pues se trata de derechos de rango constitucional que sólo pueden ser restringidos únicamente a través de normas de rango constitucional o sobre la base de ese tipo de normas⁴⁵¹. En nuestra Constitución, esto queda claro en su a. 1º, el cual establece que las “garantías que otorga” no podrán restringirse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Bajo esa premisa, las restricciones pueden ser directamente constitucionales o indirectamente constitucionales, como nos explica Alexy:

Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, *indirectamente constitucionales*⁴⁵².

⁴⁴⁶ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 82.

⁴⁴⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 272.

⁴⁴⁸ *Idem*; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, pp. 75 y 76.

⁴⁴⁹ *Vid. infra* la nota al pie 453 del presente capítulo.

⁴⁵⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 272. Según este autor, si una norma no es constitucional, puede hablarse de una “intervención” pero no de una “restricción”; empero, esto es una cuestión lingüística, pues en lugar de distinguir entre “restricción” e “intervención”, válidamente se podría hablar de “restricción justificada constitucionalmente” y “restricción no justificada constitucionalmente”.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 277. Aunque esta afirmación puede matizarse en casos de derechos fundamentales previstos en tratados internacionales pero no regulados en la Constitución; en estas hipótesis, la norma restrictiva o que faculta la restricción debe estar prevista en el propio convenio internacional que prevé el derecho fundamental.

⁴⁵² *Idem*.

En igual sentido, el jurista mexicano, Rodolfo Vidal Gómez Alcalá, expresa: “Los Derechos Fundamentales, cuando son reconocidos a nivel constitucional, se convierten en normas que tienen la máxima jerarquía, por lo que en principio, las leyes ordinarias no podrían atentar contra las mismas, a no ser que la

Ahora bien, al tratar las *restricciones directamente constitucionales*, Alexy distingue entre *restricción* y *cláusula restrictiva*, correspondiendo la primera a la perspectiva del derecho (lo que se restringe es un derecho) y la segunda a la perspectiva de la norma (en tanto se encuentra dentro de una norma iusfundamental). Las cláusulas restrictivas son una parte de una norma completa de derecho fundamental que establece cómo se encuentra restringido o cómo puede ser restringido lo que está garantizado *prima facie* en el supuesto de hecho del derecho fundamental⁴⁵³.

Estas cláusulas restrictivas pueden ser tácitas o expresas⁴⁵⁴. Las cláusulas restrictivas expresas se caracterizan porque es el propio legislador constitucional quien formula la restricción en forma directa y definitiva, “no limitándose a establecer un principio opuesto al derecho fundamental, sino una regla”⁴⁵⁵. En cambio, las cláusulas restrictivas tácitas implican que los derechos fundamentales encuentran sus restricciones en la tutela de otros derechos o bienes constitucionales no expresamente fijados como restricción al particular derecho fundamental⁴⁵⁶, es decir, se trata de restricciones con carácter de principio: derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional⁴⁵⁷, los cuales requieren, desde luego, una ponderación.

En cuanto a las *restricciones indirectamente constitucionales*, son aquellas cuya imposición está autorizada por la propia Constitución, para lo cual se requiere que exista una cláusula de reserva explícita, misma que debe establecer en forma clara la competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales⁴⁵⁸. Es decir, una autoridad diversa del legislador constitucional está facultada para restringir un derecho fundamental, pero únicamente cuando la Constitución establece una cláusula de reserva explícita.

Estas cláusulas de reservas pueden ser simples o calificadas. Una reserva es simple cuando confiere, sin más, la competencia para imponer restricciones (por ejemplo, el a. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn)⁴⁵⁹, mientras que será calificada cuando el contenido de la

propia norma suprema faculte a algún poder para restringirlos”. Vidal Gómez Alcalá, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997, pp. 195 y 196.

⁴⁵³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 277.

⁴⁵⁴ *Idem*.

En términos similares, Silva García y Silva Meza hablan de límites expresos y límites implícitos. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, pp. 244 a 246.

⁴⁵⁵ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 84.

Un ejemplo lo encontramos en el a. 9º de nuestra Constitución, el cual primeramente contempla, en términos amplios, el derecho de asociación; pero luego, el propio legislador constitucional introduce una cláusula restrictiva expresa, por virtud de la cual restringe ese derecho a todos aquellos que no sean ciudadanos de la República cuando se trate de asuntos políticos del país.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁵⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 281.

Un ejemplo sería el derecho a profesar creencias religiosas previsto en el a. 24 constitucional, cuyo texto no establece expresamente una restricción relativa a la salud de las personas, pero que en ciertos casos podrá ser restringido con base al derecho a la salud (el cual está previsto como principio constitucional en el a. 4º de la Constitución), cuando hubiera una colisión de principios, tal y se dijo en el ejemplo en el que, en cumplimiento de su religión evangélica, un padre no lleve a su hijo al hospital poniendo en grave riesgo su salud (*vid. supra* el apartado 5.3.2).

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 282.

⁴⁵⁹ Dicha disposición establece: “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.” (el texto traducido puede encontrarse en Schwabe, Jürgen {comp.}, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal*

reserva esté limitado (por ejemplo, el a. 11.2 de la misma Ley Fundamental)⁴⁶⁰, según nos refiere Alexy⁴⁶¹.

Sin embargo, la competencia que se concede al legislador para restringir derechos fundamentales siempre será limitada, tanto por la garantía del contenido esencial (en caso de que se acepte la teoría absoluta de la misma, la cual se expone más adelante), como por el principio de proporcionalidad (y con ello, el mandato de ponderación). Con esa relación entre competencia y ponderación, se evitan resultados incompatibles con la sujeción del legislador ordinario a los derechos fundamentales⁴⁶².

Ahora bien, ya sabemos que las restricciones a los derechos fundamentales son normas, y además, constitucionales (ya sea en forma directa o indirecta). Cabe ahora preguntarnos junto con Robert Alexy ¿qué es lo que hace que esas normas sean restricciones a los derechos fundamentales? Para responder esta interrogante, hay que distinguir entre diversos tipos de normas, en particular, las normas que fundan la competencia del Estado para dictar normas y las normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos⁴⁶³.

En primer lugar, respecto de las *normas de competencia*, cabe destacar que las más importantes de estas para la teoría de las restricciones son las normas establecidas por las reservas legales iusfundamentales, pues por medio de tales, el legislador ordinario queda facultado para imponer restricciones a los derechos fundamentales. Estas normas de competencia no son en realidad restricciones a los derechos fundamentales, sino que sólo fundamentan la *posibilidad jurídica* de restringir tales derechos (fundamentan la restringibilidad pero no son restricciones en sí mismas)⁴⁶⁴.

En segundo lugar, y ya propiamente hablando de restricciones a derechos fundamentales, se puede decir que tales restricciones consisten en la *obstaculización de la realización de un principio iusfundamental*⁴⁶⁵. Esta obstaculización se puede realizar a

Constitucional Federal alemán, Bogotá, trad. Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez / Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 413).

⁴⁶⁰ Tal enunciado normativo indica: “Este derecho sólo podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley, y únicamente en el caso de que no existan suficientes medios de subsistencia y puedan originarse cargas especiales para la colectividad o en el supuesto de que así sea necesario para prevenir un peligro que amenace la subsistencia o el orden fundamental demoliberal de la Federación o de algún Estado, para combatir peligros de epidemia, catástrofe natural o accidente especialmente grave. Para proteger menores contra el desamparo o para evitar acciones delictivas.” (de nueva cuenta, la traducción se obtuvo de Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, nota 459, p. 416).

⁴⁶¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 282 y 283. Además de las cláusulas de reserva explícitas, Alexy habla de “cláusulas de reserva implícitas” que son aquellas en las que “se hace referencia a leyes ordinarias”, como por ejemplo el a. 5.2 de la Ley Fundamental alemana. *Cfr. Ibidem*, p. 283.

Sin embargo, no encontramos diferencia entre esas cláusulas de reserva implícitas y las cláusulas de reserva explícita con reserva simple, pues en ambas se remite a una ley sin mayores requerimientos, como se puede apreciar del citado a. 2.2 de la Constitución alemana (reproducido en la nota 459) y del a. 5.2 invocado por Alexy, cuyo texto establece: “Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.” (traducción en Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, nota 459, p. 414).

⁴⁶² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 283.

Cfr. también Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 85.

⁴⁶³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 272.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 272 y 273; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 76.

⁴⁶⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 328.

O como dice Borowski: “La restricción consiste en que algo, ordenado *prima facie* por el principio, no vale definitivamente”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 40.

través de normas de *mandato* o *prohibición* dirigidas a los ciudadanos (o incluso normas que restringen o eliminan competencias del ciudadano)⁴⁶⁶.

Tanto las reglas como los principios pueden restringir derechos fundamentales⁴⁶⁷. Una *regla* es una restricción a un derecho fundamental cuando con su vigencia se tiene una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o un derecho iusfundamental *prima facie*. Por ejemplo, mientras no entre en vigor una regla que obligue a los motociclistas a usar casco, el titular del derecho fundamental tiene una libertad iusfundamental *prima facie* a usar o no el casco; pero en cuanto entra en vigor la restricción, la posición del titular es una no-libertad definitiva⁴⁶⁸.

Los *principios* también pueden restringir derechos fundamentales. Empero, los principios restrictivos no pueden, por sí solos, poner al individuo en ciertas posiciones definitivamente restringidas (no-derechos y no-libertades), pues para llegar a restricciones definitivas se requiere una ponderación entre el principio restringido y el principio restrictivo⁴⁶⁹. Así las cosas:

Un principio es una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido⁴⁷⁰.

En otro orden de ideas, hay que destacar la existencia de un método de examen escalonado que permite analizar las restricciones a los derechos fundamentales, mismo que es usado, entre otros, por el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional español y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷¹. De acuerdo con Brage Camazano⁴⁷², las ventajas de ese método es hacer más riguroso el enjuiciamiento de las restricciones a los derechos fundamentales, y hacer ese examen más previsible y controlable de manera intersubjetiva por la llamada “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución⁴⁷³.

Este método consiste en los siguientes pasos⁴⁷⁴:

- a) En primer lugar, hay que distinguir el ámbito normativo inicial del derecho fundamental antes de cualquier posible restricción, es decir, verificar si cierta conducta encuadra en ese ámbito normativo;

⁴⁶⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 274.

⁴⁶⁷ *Idem*; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, p. 40.

⁴⁶⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 274.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 275.

Cfr. también Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 426, p. 88.

⁴⁷⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 275 y 276.

⁴⁷¹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 96; y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 204, p. 409.

⁴⁷² Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 96.

⁴⁷³ La “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” es un concepto acuñado por Häberle, para quien la interpretación constitucional ha de pasar de una “sociedad cerrada” de intérpretes hacia una interpretación por y para una “sociedad abierta”, en la que están potencialmente incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, y todos los ciudadanos y grupos. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 41, pp. 149 a 151.

⁴⁷⁴ Seguimos aquí a Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, pp. 96 y 97.

- b) Luego, habrá de comprobarse si existe una intervención en el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental, es decir, ver si se restringe o recorta lo prescrito en principio por el ámbito normativo; y
- c) Finalmente, analizar la justificación de esa intervención, es decir, constatar si la misma puede considerarse legítima por el hecho de respetar las condiciones de restringibilidad (como por ejemplo, la reserva de ley, el principio de proporcionalidad o la garantía del contenido esencial).

Como se aprecia, este método de análisis se encuentra estrechamente ligado a la teoría externa de las restricciones, lo que habla a favor de la utilidad práctica de adoptar tal teoría.

Toda vez que ya tenemos nociones básicas acerca de la figura de las restricciones a los derechos fundamentales, corresponde referirnos a la configuración de tales derechos.

6.3.- Restricción y configuración.

A continuación se procede a diferenciar la restricción de otra figura que es diversa, pero a la que está muy vinculada: la configuración de los derechos fundamentales.

Peter Häberle explica que los derechos fundamentales no son, de modo alguno, una “esfera de libertad” que está exenta de normación, sino que son ámbitos vitales ordenados y configurados conforme a la libertad⁴⁷⁵. Por lo tanto, los derechos fundamentales “son susceptibles y están necesitados, de la ejecución por el legislador. Todos los principios jurídicos admisibles en el campo de los derechos fundamentales poseen carácter de ejecución”⁴⁷⁶.

Esto significa que es necesaria la participación del legislador para ir desarrollando, vaya, para darle vida, a los derechos fundamentales en su conjunto, ya sea a través de su restricción o a través de su configuración.

Robert Alexy, partiendo de las ideas de Häberle, establece un género que es la configuración *lato sensu*, que a su vez tiene dos especies: la restricción y la configuración en sentido estricto⁴⁷⁷. En aras de evitar confusiones, y siguiendo a Brage, utilizaremos la expresión “ejecución” para referirnos a la configuración *lato sensu*⁴⁷⁸.

Alexy indica que la ejecución o configuración en sentido amplio “se refiere a la situación total de la normación en el ámbito de los derechos fundamentales”⁴⁷⁹. Esta ejecución de los derechos fundamentales puede hacerse ya sea a través de su *restricción*, o mediante la *configuración* (que es un concepto opuesto a la restricción)⁴⁸⁰.

Como ya vimos, una *restricción* es una obstaculización de la realización de un principio iusfundamental, y por consiguiente, debe estar justificada con base en una ponderación⁴⁸¹. Evidentemente, nos encontramos frente a una norma restrictiva⁴⁸².

⁴⁷⁵ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 180.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 184.

⁴⁷⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 323 y 324.

⁴⁷⁸ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 68.

⁴⁷⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 324.

⁴⁸⁰ *Idem*; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 72.

Ideas similares encontramos en Burgoa, quien, en lugar de hablar de “restricción” y “configuración”, habla de “limitación” y “reglamentación”. *Cfr.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 47, p. 198.

⁴⁸¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 328.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 322.

En cambio, la *configuración* de los derechos fundamentales ha de definirse negativamente en contraposición a la restricción⁴⁸³,

entendiendo que estaremos ante una configuración del derecho fundamental cuando se trate de una regulación del derecho fundamental que no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho fundamental, sino que más bien lo que haga es convertirlo en practicable a su titular, abrirle posibilidades concretas de ejercicio, facilitar o promover tal ejercicio libre sin recortar las posibilidades de actuación que el ámbito (inicialmente) protegido del derecho fundamental (el tipo iusfundamental) permite⁴⁸⁴.

Es a lo que se refiere Burgoa cuando habla de “pormenorizar o detallar la norma superior de que se trate, a fin de procurar su mejor aplicación u observancia”⁴⁸⁵,⁴⁸⁶. Por consiguiente, las normas de configuración son normas no restrictivas⁴⁸⁷.

De esta manera, el criterio de distinción entre la restricción y la configuración de un derecho fundamental, sería la no obstaculización de la realización del principio iusfundamental; por lo que si tal principio es obstaculizado estaremos ante una restricción, pero si no hay tal obstaculización en la ejecución del derecho fundamental, lo que habrá es una configuración⁴⁸⁸.

La importancia práctica de distinguir entre restricciones y configuraciones de derechos fundamentales consiste en que “una norma que no restringe un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a este derecho fundamental”⁴⁸⁹, o sea, lo “que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental”⁴⁹⁰.

Una vez explicado esto, pasemos al siguiente apartado para ver qué condiciones deben cumplirse para poder restringir un derecho fundamental.

⁴⁸³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 683; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 72.

⁴⁸⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, pp. 72 y 73.

Alexy nos refiere como ejemplo de normas configuradoras las del derecho civil, pues garantías iusfundamentales como las del matrimonio, la propiedad o el derecho sucesorio presuponen normas de derecho civil; v. gr. sin normas del derecho de propiedad no tendría sentido la garantía iusfundamental de la propiedad. De hecho, el referido autor afirma que: “Al igual que todos los principios, el principio iusfundamental de la propiedad privada exige la mayor medida posible de realización”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, pp. 325 y 326.

En el mismo sentido, *cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 180.

⁴⁸⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 47, p. 198.

De igual forma, *vid.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 236.

⁴⁸⁶ Cabe señalar que no es necesario que la Constitución ordene expresamente la configuración legislativa de los derechos fundamentales, pues esto se deriva de su carácter de mandatos de optimización. Además, como afirma Häberle, en la mayoría de los casos hay una autorización tácita de la Constitución para configurar los derechos fundamentales. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 180.

En el mismo tenor, Brage indica que la legislación de configuración puede “resultar necesaria independientemente de todo encargo expreso”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 64.

⁴⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 322.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 328; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 71.

⁴⁸⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 322.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 329.

En cambio, Borowski estima que “configuración” y “restricción” son dos formas diferentes –pero correctas ambas– de describir *exactamente* el mismo fenómeno, pues la primera pone el acento en la formación del derecho infraconstitucional dentro del ámbito del derecho fundamental, mientras que la “restricción” pone el acento en que el deber *prima facie* se convierte en uno definitivo. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 433, pp. 54 y 55.

6.4.- La garantía del contenido esencial y la reserva de ley como condiciones a la restricción.

Todo lo dicho en los apartados previos, nos hace percatarnos que para restringir válidamente un derecho fundamental deben cumplirse algunos requisitos. En el presente apartado estudiamos los más destacados: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y la reserva de ley. Comencemos con la primera figura indicada.

La garantía del contenido esencial (*Wesensgehalt*) de los derechos fundamentales es una cláusula que se incluyó, primeramente, en el a. 19.2 de la Ley Fundamental alemana, para después ser añadida a otras constituciones, como se puede constatar en el a. 18.3 de la Constitución de Portugal, 53.1 de la Constitución española, 31.3 de la de Polonia, 4.4 de la Carta de Derechos Fundamentales checa, 11 de la Constitución de Estonia, e incluso en las leyes fundamentales de Chile y Corea del Sur, entre otras⁴⁹¹. Su propósito es evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales y que tales restricciones vacíen el contenido normativo dichos derechos⁴⁹², es decir, es una garantía institucional que sirve para evitar abusos⁴⁹³. De esta forma, se considera que la garantía del contenido esencial *es una restricción a las restricciones de los derechos fundamentales*⁴⁹⁴, es decir, nos informa hasta dónde pueden llegar esas restricciones (cuál es su límite), para no hacer nugatorios los derechos fundamentales.

Si analizamos el texto de la Constitución mexicana, no encontraremos cláusula expresa que establezca la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales; sin embargo, eso no significa que dicha garantía no exista en nuestro sistema constitucional y que no pueda aplicarse. Una de las principales aportaciones del profesor Häberle, es el explicar que no se requiere de formulación expresa de la garantía del contenido esencial, en tanto es una declaración complementaria y superflua de principios ya expresados en la Constitución. En particular, respecto del a. 19.2 de la Ley Fundamental alemana, el referido autor establece que tiene una naturaleza meramente declarativa (y por ende es una norma vacía, que no aporta nada adicional), en tanto se trata de una referencia sucinta al resto de principios constitucionales⁴⁹⁵. Empero, esto no le quita importancia a la formulación expresa de la garantía del contenido esencial, pues tiene la virtud de “compendiar (...) de modo específico en una fórmula” principios ubicados en otros lugares de la Constitución⁴⁹⁶.

Así las cosas, podemos afirmar que en México el contenido esencial de los derechos fundamentales está garantizado frente a las restricciones que realice el legislador ordinario, dada la supremacía de la Constitución, la sujeción del legislador a los derechos fundamentales, la rigidez constitucional y el principio de proporcionalidad.

⁴⁹¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. LXVII; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 111.

Cfr. también Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 403; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 145; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 175, p. 185.

⁴⁹² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 111.

En igual sentido, *cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 409; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 252, p. 115; y Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 426, pp. 91 y 92.

⁴⁹³ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 222; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 252.

⁴⁹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 286; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 112.

⁴⁹⁵ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 219.

Coincide con esta apreciación Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 239.

⁴⁹⁶ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 219.

Inclusive, nuestros tribunales ya han hecho referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales y han utilizado esa figura en la resolución de controversias (aunque no se ha realizado mayor desarrollo o profundización sobre esa institución), como es el caso, por ejemplo, del Pleno⁴⁹⁷, la Primera⁴⁹⁸ y Segunda⁴⁹⁹ salas de la SCJN, la otrora Cuarta Sala del mismo tribunal⁵⁰⁰, y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁵⁰¹.

Ahora bien, respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales se han desarrollado una serie de teorías, mismas que van desde las que se contraponen entre sí, hasta las que buscan soluciones conciliadoras⁵⁰². En particular, destacan dos: la teoría absoluta y la relativa⁵⁰³.

Según la *teoría absoluta*, el ámbito normativo de un derecho fundamental puede concebirse como dos círculos concéntricos, en el que el círculo interior es el núcleo fijo e inmutable del derecho, mientras el exterior es la parte accesorio o contingente del mismo⁵⁰⁴. “existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado”⁵⁰⁵.

⁴⁹⁷ “PARTIDOS POLÍTICOS. EL ARTÍCULO 22, PÁRRAFO 6, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES RESTRINGE LA FACULTAD QUE AQUÉLLOS TIENEN EN EL ÁMBITO DE SU VIDA INTERNA PARA ESTABLECER REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, julio de 2009, p. 1445.

De igual forma, en una de las sentencias relativas a los militares con VIH (amparo en revisión 307/2007, ejecutoria de 24 de septiembre de 2007), el Pleno de la SCJN señaló: “Esto es así, porque la Constitución de mil novecientos diecisiete, al mismo tiempo que permite la restricción legislativa de las garantías constitucionales para salvaguardar otros bienes constitucionales, también permite el control judicial de las leyes, de lo que se deduce, por una parte, que la Norma Suprema impide al legislador que se exceda en sus facultades de desarrollo de tales garantías y, por otra, que la *Constitución reconoce a todas ellas un contenido esencial* inherente que no puede aniquilar ningún Poder Constituido (incluido el legislador)”. (Énfasis añadido).

⁴⁹⁸ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, p. 792.

⁴⁹⁹ “JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, junio de 2008, p. 447.

⁵⁰⁰ “MERCADOS, REGLAMENTO DE. SU ARTICULO 65, FRACCION XI, NO VIOLA LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRABAJO”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. IX, abril de 1992, p. 108; y “LIBERTAD DE TRABAJO. LA GARANTIA DEL ARTICULO 5o. CONSTITUCIONAL NO IMPIDE AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA REGLAMENTAR LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION SOBRE ESTA MATERIA”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. VI, primera parte, julio a diciembre de 1990, p. 227.

⁵⁰¹ Inclusive, este tribunal afirma respecto del derecho a la información que “las restricciones a ese derecho deben interpretarse de tal modo que su *contenido esencial* no resulte desnaturalizado” (énfasis añadido). “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

⁵⁰² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 1.

⁵⁰³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 288; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 146; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 111.

⁵⁰⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 112.

⁵⁰⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 288.

Es así que Prieto nos explica que, para esta teoría, existe “un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificatorias de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 146.

Una de las principales críticas a esta teoría es que nos dice que hay un núcleo duro e intocable, pero no nos dice cómo ubicar o reconocer ese núcleo. En este tenor, Borowski afirma:

Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo. Es preciso advertir que a partir de las fórmulas en que están redactadas las disposiciones de derecho fundamental en una constitución, fórmulas por lo general cortas e indeterminadas, no puede determinarse exactamente ningún núcleo absoluto, así como tampoco puede hacerse a partir de la voluntad del constituyente⁵⁰⁶.

También se le ha criticado a la teoría absoluta que puede propiciar una disminución en el nivel de garantías, pues si la ley es libre de afectar el contenido “adjetivo o periférico” del derecho, toda intervención en esa esfera debe reputarse legítima, incluso cuando fuera *arbitraria o no justificada*⁵⁰⁷. Así, la teoría absoluta abre la puerta para intervenciones injustificadas e innecesarias a derechos fundamentales (al menos en parte).

Es por eso que Bernal Pulido⁵⁰⁸ considera como una abrupta contradicción hablar de un contenido periférico disponible para el legislador ordinario, cuando los derechos fundamentales son vinculantes para el legislador.

Por su parte, la *teoría relativa* nos dice que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es fijo ni preestablecido, sino que únicamente se puede determinar en forma casuística atendiendo a las circunstancias del caso concreto y después de ponderarse los perjuicios y beneficios⁵⁰⁹. Es por eso que esta teoría identifica el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida restrictiva⁵¹⁰.

En pocas palabras: de acuerdo con la teoría relativa “el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación”⁵¹¹.

Dada esta vinculación entre la teoría relativa y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad (y muy especialmente la ponderación), se puede concluir que, de acuerdo a la “teoría de los principios”, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe concebirse en términos de la expuesta teoría relativa⁵¹², amén de que no conocemos teoría que explique de mejor manera la garantía del contenido esencial⁵¹³.

Cfr. también, Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 407; y Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 254.

⁵⁰⁶ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, pp. 99 y 100.

⁵⁰⁷ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 147.

⁵⁰⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 416.

⁵⁰⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 112; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 257; Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 28, p. 175.

⁵¹⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 146.

⁵¹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 288.

Esto debido a que, para esta teoría, el contenido esencial “no constituye una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable”. Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 259.

⁵¹² Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 99; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, p. 112.

En este sentido, Bernal Pulido indica que la “teoría relativa del contenido esencial coincide en gran parte con la teoría del principio de proporcionalidad”. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 404.

⁵¹³ Martin Borowski hace referencia a una teoría mixta (absoluta/relativa) en la que el punto de partida es el núcleo absoluto del derecho que no puede restringirse en ningún caso, y que estaría rodeado por una corona en la que se permiten las intervenciones estatales siempre que estas respeten el principio de proporcionalidad. Según tal teoría primero hay que preguntarse si se vulnera el núcleo absoluto, y luego debe analizarse la proporcionalidad de la intervención en la corona. “Lo que ocurre, sin embargo, es que tan pronto

No obstante lo anterior, Prieto critica la teoría relativa ante un riesgo de vaciamiento, pues “podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase”⁵¹⁴. Este riesgo es aceptado, sorprendentemente, por Alexy⁵¹⁵ y por Borowski⁵¹⁶.

Sin embargo, no consideramos atinada tal aseveración, ya que si bien, técnicamente, no desconoce el carácter de mandatos de optimización de los principios (en tanto la observancia de un principio exige la inobservancia del otro), se está prácticamente eliminando o aboliendo un derecho fundamental.

No estaríamos propiamente ante una *restricción*, sino ante una *disposición* de un derecho fundamental por parte del legislador, y debemos recordar que los derechos fundamentales son indisponibles para el legislador ordinario⁵¹⁷. Estimamos que la ponderación tiene también ciertos límites, como lo es el no eliminar completamente el derecho fundamental; a pesar de que otro principio pudiera tener una preferencia condicionada, siempre debe quedar *algo* –un mínimo– del derecho restringido, para evitar la paradójica situación de que el contenido esencial de un derecho restringido sea *nada* (un contenido sin contenido).

La ponderación no puede llegar a extremos tales para justificar el vaciamiento de un derecho fundamental, pues como afirma Bernal Pulido: “en ningún caso los derechos fundamentales pueden quedar vacíos de contenido” ya que siempre debe “permanecer en el

la teoría mixta debe enfrentarse a la tarea de determinar el núcleo absoluto del derecho, se sitúa ante el mismo dilema que afecta a la teoría absoluta: la imposibilidad de determinar el contenido esencial del derecho sin tener que recurrir a la ponderación. Esto nos lleva a la conclusión de que la teoría relativa del contenido esencial es atinada”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 101.

Bernal Pulido también critica la teoría mixta afirmando que no hay criterio racional, además de la mera intuición, para dividir con nitidez el contenido esencial y el contenido periférico. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 427.

De hecho, aunque el propio Häberle afirma que la cuestión de las teorías absoluta y relativa del contenido esencial es una pseudoalternativa, en tanto los conocimientos de ambas teorías son aprovechables (Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, pp. 64 y 65), su postura se acerca mucho a la teoría relativa al estimar que el contenido esencial se determina mediante una ponderación dado el recíproco condicionamiento entre los diversos bienes constitucionales (*Ibidem*, pp. 58 y 62). *Cfr.* también lo afirmado por el profesor Francisco Fernández Segado en el estudio preliminar intitulado “Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo” en *Ibidem*, pp. LVII y LVIII.

⁵¹⁴ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 146.

⁵¹⁵ “Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 288.

Por tal razón, Cruz y Serna encuentran como uno de los puntos débiles de la teoría de principios de Alexy que “llevadas las cosas al extremo, cabría en este planteamiento una restricción absoluta o máxima de un principio si el bien logrado con ello fuese también de máxima importancia y en máximo grado. Dicho de otro modo, el juicio de proporcionalidad en la versión de Alexy no garantiza por sí solo el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”. *Cfr.* Cruz, Luis M., y Serna, Pedro, “El juicio de ponderación: reflexiones en torno a su naturaleza” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. VI, p. 365.

⁵¹⁶ Afirma este jurista que la ponderación “puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente. En este caso al ciudadano no le queda nada”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 39, p. 9.

⁵¹⁷ Sobre el particular, *cfr.* entre otras, las ideas de Ferrajoli en la nota 71.

derecho un reducto de contenido normativo⁵¹⁸. En el mismo tenor, Carbonell indica que no hay una verdadera ponderación cuando se inhibe un derecho a favor de otro⁵¹⁹. Asimismo, Silva Meza considera que no se puede disponer absolutamente del contenido de un derecho fundamental⁵²⁰.

De cualquier forma, los casos concretos en que una ponderación eliminase un derecho fundamental (bajo el supuesto de que tal cosa fuera posible), serían casos muy extremos y excepcionales, dado que, como consecuencia de la ya explicada “ley de la ponderación”, entre más se restrinja un derecho fundamental más fuerte deben ser el peso y las razones del principio contrario que exige la restricción. Como dice Alexy, “un principio cuanto más se lo desplaza, tanto más resistente se vuelve. La fuerza de las razones opuestas tiene que aumentar desproporcionadamente”⁵²¹.

Por lo tanto, incluso admitiéndose la posibilidad de casos en que la ponderación reduzca a nada el derecho fundamental, estos serían tan raros y fuera de lo común frente a la generalidad de los asuntos, lo que no sería razón suficiente para rechazar la teoría relativa del contenido esencial.

Con esto se concluye lo concerniente a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Pero además de dicha garantía, se suelen mencionar otras condiciones adicionales a las que están sujetas las restricciones a los derechos fundamentales. Por ejemplo, Prieto Sanchís habla de la exigencia de la justificación que pesa sobre el legislador para restringir derechos fundamentales⁵²², que no es otra cosa más que cumplir con el principio de proporcionalidad. Empero, la proporcionalidad sólo puede considerarse un requisito adicional o independiente de la garantía del contenido esencial a la luz de la teoría absoluta; pero de conformidad con la teoría relativa, la garantía del contenido esencial no es un requisito adicional al principio de proporcionalidad⁵²³.

La reserva de ley es otra condición que deben satisfacer las restricciones a los derechos fundamentales⁵²⁴, desde luego, cuando son indirectamente constitucionales. Sobre la función de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, nos explica Carbonell:

La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva, se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad en virtud de una “ley”, no por actos del Ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley⁵²⁵.

Mientras que Silva García y Silva Meza apuntan:

⁵¹⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 34, p. 421.

⁵¹⁹ Carbonell, Miguel, “¿Y cuando llueva sangre? Carta abierta al Ministro José de J. Gudiño”, México, www.miguelcarbonell.com, mayo de 2007.

⁵²⁰ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 251, p. 391.

De igual forma, *vid.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 267.

⁵²¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 291.

⁵²² Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 426, p. 150 y ss.

⁵²³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 291.

⁵²⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 204, p. 97.

⁵²⁵ Carbonell, Miguel, Voz “Reserva de ley” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005, p. 531.

La reserva de ley es la garantía de los derechos fundamentales, que se traduce en la exigencia formal, de carácter constitucional, en el sentido de que aquéllos sólo deben ser desarrollados, regulados y/o limitados, en los elementos principales y/o relevantes, por el legislador plural y democrático⁵²⁶.

En la Constitución mexicana existe una reserva general de ley, la cual se traduce en que cualquier normación que incida en la actividad de los particulares debe ser realizada primeramente por una ley, dado que están prohibidos los reglamentos autónomos (con excepción de la materia de aguas interiores). Además de la reserva general de ley, la propia Ley Suprema contempla reservas específicas en diversas materias⁵²⁷.

Desde luego, y a pesar de la reserva de ley, el legislador no tiene carta blanca para restringir derechos fundamentales, pues siempre estará sujeto al principio de proporcionalidad, como ya se dijo. Bien afirma Häberle que los derechos fundamentales “no ceden simplemente ante las leyes generales”⁵²⁸, sino que debe considerarse a la Constitución en un sistema que exige que se atienda conjuntamente a cada derecho fundamental y a otros bienes jurídicos⁵²⁹. En todo caso, la ponderación que haga el legislador ordinario al restringir derechos fundamentales, siempre será susceptible de un posterior examen de proporcionalidad por parte del juez constitucional⁵³⁰.

Así, terminamos la exposición de los conceptos sobre los derechos fundamentales que nos serán más útiles en la presente investigación. Pero antes de concluir este capítulo, dedicaremos el siguiente apartado a hacer unos apuntes sobre las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho intelectual, pues lo que pretendemos en este trabajo es utilizar las herramientas de la primera disciplina jurídica para analizar y, en cierta medida, “releer” la segunda.

7.- *El análisis constitucional de la propiedad intelectual.*

Si bien, como en el caso de toda disciplina jurídica, hay un nexo necesario entre la llamada “propiedad intelectual” y la Constitución, la verdad es que el estudio de los vínculos entre el derecho intelectual y el derecho constitucional ha sido un rubro muy desatendido.

En particular, los derechos de autor esencialmente han sido materia de estudio del derecho civil⁵³¹ (y en menor medida del mercantil⁵³²), aunque en tiempos recientes han sido una parcela de estudio que, indebidamente, han reclamado como propia los

⁵²⁶ Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 166, p. 238.

⁵²⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 525, p. 532.

⁵²⁸ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 36.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁵³⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 141.

⁵³¹ *Cfr.*, por ejemplo, Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, pp. 699 y ss; Rogel Vide, Carlos, “La enseñanza del derecho de autor en España y el derecho civil como marco teórico de la misma” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, pp. 11 y ss; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, México, 26a. ed., Porrúa, 1995, t. II, pp. 172 y ss; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, 9a. ed., Porrúa, 2003, pp. 453 y ss.

⁵³² Por ejemplo, Díaz Bravo estima que la LFDA es una ley mercantil, *cfr.* Díaz Bravo, Arturo, *Derecho mercantil*, México, Iure, 2002, pp. 9 y 53.

Cfr. también Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, México, 4a. reimp. de la 29a. ed., Porrúa, 1998, pp. 13 y 124.

administrativistas^{533, 534}. Sin embargo, como bien nos refieren Schwartz y Treanor, es hasta tiempos recientes cuando los constitucionalistas comienzan a mostrar interés por las relaciones entre derecho constitucional y propiedad intelectual⁵³⁵. De igual forma, los expertos en derecho intelectual apenas empiezan a prestar atención a las disposiciones constitucionales aplicables a su materia de análisis⁵³⁶.

Es en los EUA donde, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, inició la proliferación de estudios sobre la propiedad intelectual y la Constitución; incluso, Pamela Samuelson habla de un “derecho constitucional de la propiedad intelectual”⁵³⁷. En particular, y por cuanto hace a los derechos de autor, el debate en ese país se ha enfocado mucho en la relación entre estos derechos y la primera enmienda. Por lo que se refiere a Europa, también se empiezan a dar estudios de este tipo, aunque en menor cantidad que en los EUA⁵³⁸. En México, se puede decir que, con algunas excepciones⁵³⁹, el estudio de las relaciones entre la Constitución y la propiedad intelectual es un tema ignorado.

⁵³³ Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, 2a. ed., Porrúa, 1993, p. IX.

De igual forma, y sin una justificación sólida, la Primera Sala de la SCJN ha determinado que “se advierte que la propiedad industrial y los derechos de autor, entre otras, son ramas jurídicas cuya aplicación y solución de los conflictos que en ellas se originen corresponden a la esfera del Poder Ejecutivo, esto es, se ubican en el derecho administrativo”. *Cfr.* tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 2o., 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 49.

En forma más moderada, Martínez Morales afirma: “Si bien mucho de la actividad en torno a los derechos de los autores cae dentro del campo del derecho civil, existen cuestiones fundamentales que competen a la administración pública; esa intervención se da esencialmente tanto por medio del registro público del derecho de autor como por las implicaciones que trae aparejadas cualquier inscripción en éste”. Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo. 3er. y 4o. cursos*, México, 2a. ed., Oxford University Press / Harla, 1997, p. 215.

⁵³⁴ Una crítica a esta concepción puede encontrarse en García Murillo, José Guillermo, y Solorio Pérez, Óscar Javier, “Trasgresión del derecho administrativo sobre el derecho privado: La pérdida de la naturaleza privada de la propiedad intelectual” en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2006, t. I, p. 195 y ss.

⁵³⁵ Schwartz, Paul M., y Treanor, William Michael, “Copyright term extension and intellectual property as constitutional property”, *The Yale law journal*, EUA, vol. 112, núm. 8, junio 2003, p. 2331.

⁵³⁶ Lemley considera que los abogados de propiedad intelectual han *descubierto* la Constitución, y que los académicos, más que nunca, están dándole mayor atención a la compleja interacción entre la propiedad intelectual y la Constitución. *Cfr.* Lemley, Mark A., “The constitutionalization of technology law”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 15, núm. 2, otoño 2000, p. 1.

⁵³⁷ Samuelson, Pamela, “The constitutional law of intellectual property after *Eldred v. Ashcroft*”, Universidad de Berkeley, <http://people.ischool.berkeley.edu>, octubre 2007, p. 1.

⁵³⁸ *Cfr.*, por ejemplo, del profesor del Instituto Max Planck de Alemania, Geiger, Christophe, “Constitutionalizing intellectual property law. The influence of fundamental rights in intellectual property in Europe”, *International review of intellectual property and competition law*, vol. 37, núm. 4, 2006, pp. 371 a 406; y del profesor de la Universidad de Gent en Bélgica, Torremans, Paul L.C., “Is copyright a human right?”, *Michigan State law review*, EUA, núm. 27, primavera 2007, pp. 271 y ss

⁵³⁹ Destaca el debate sobre si el Congreso de la Unión tenía o no facultades constitucionales para legislar sobre derechos de autor, en el que destacaron las posturas de Gabino Fraga, Arsenio Farell Cubillas, Víctor Carlos García Moreno, Ernesto Gutiérrez y González, Jorge Mario Magallón Ibarra y Fernando Alejandro Vázquez Pando.

En el amparo en revisión 8826/67 (sentencia de 25 de febrero de 1975), la SCJN resolvió que el legislador federal se encuentra facultado para crear leyes sobre derechos de autor, por virtud de la fracción última del a. 73 constitucional, pues se trata de una facultad implícita.

En nuestra opinión, la necesidad de estudiar estas relaciones entre propiedad intelectual y Constitución es consecuencia directa de dos fenómenos: la constitucionalización y el advenimiento de la tecnología digital.

Por lo que hace al primer fenómeno, ya vimos que una consecuencia del Estado constitucional de derecho (neoconstitucionalismo) es la constitucionalización, por virtud de la cual las normas constitucionales influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (incluso ordinarios), la actividad de la administración pública y la doctrina jurídica⁵⁴⁰; es decir, la constitucionalización implica una Constitución “extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente)”⁵⁴¹. Este fenómeno hace necesario tener presente la Constitución, por lo menos, al estudiar y aplicar las normas de derecho intelectual.

El segundo fenómeno, es decir, el advenimiento de la tecnología digital, ha puesto de manifiesto que ciertas políticas en materia de propiedad intelectual, pueden resultar una amenaza a determinados derechos fundamentales e, incluso, violar tales derechos⁵⁴². Pero también puede suceder lo contrario: que ciertas políticas en contra de la propiedad intelectual menoscaben derechos fundamentales u otros bienes constitucionales⁵⁴³. Por lo tanto, existe una evidente necesidad de estudiar conjuntamente el derecho intelectual y las normas constitucionales.

Ahora bien, no basta meramente con analizar en conjunto las normas constitucionales y el derecho intelectual, sino que se requiere hacerlo de una forma ordenada para lograr ciertos resultados, es decir, se requiere seguir un método. No pretendemos aquí proponer un

Este debate ha quedado sanjado con la reforma de 2009 a la Constitución en materia de derechos culturales, pues ahora, el a. 73, fr. XXV deja en claro que el legislar en materia autoral es competencia federal exclusiva.

⁵⁴⁰ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* nota 17, p. 67; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, pp. 24 y 25.

⁵⁴¹ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. José María Lujambio) en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 153.

En el mismo sentido, Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 13, p. 22.

⁵⁴² *Cfr.*, por ejemplo, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: The digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, pp. 16 y 17; Fisher III, William W., *Promises to keep. Technology, law and the future of entertainment*, EUA, Stanford University Press, 2004, p. 82; Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, pp. 183 y ss.

⁵⁴³ También como ejemplo, *cfr.* Cass, Ronald A., “Intellectual property and human rights”, *Engage*, EUA, The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, vol. 7, núm. 1, marzo 2006, p. 91; Giovanetti, Tom, y Matthews, Merrill, “Intellectual property rights and human rights”, *Ideas*, Texas, Institute for Policy Information, núm. 34, septiembre 2005, p. 2; y Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 18.

Asimismo, Grijalva expone las posturas que consideran a la propiedad intelectual como un incentivo perfecto a la creatividad, *cfr.* Grijalva Jiménez, Agustín, “Internet y derechos de autor” en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007, p. 57; mientras que Lacruz advierte el riesgo de “satisfacer la demanda sin remunerar la oferta” en el acceso a obras, *cfr.* Lacruz Mantecón, Miguel, “Las máquinas de entretener, o cómo se hace el derecho de autor” en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus / AISGE, 2005, p. 133.

Entre nosotros, un debate sobre las políticas “fuertes” y “débiles” de protección a la propiedad intelectual, puede encontrarse en Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 47, 48, 72, 73 y 161, por destacar algunas.

método acabado para tal fin, pues eso nos desviaría del propósito del presente trabajo, sino que nos limitaremos a dar una serie de directrices que consideramos idóneas para hacer lo que llamamos “*análisis constitucional de la propiedad intelectual*”.

Así, el análisis constitucional de la propiedad intelectual busca estudiar el fenómeno jurídico de la propiedad intelectual a partir de la Constitución o en “clave constitucional”; para lo cual, deben atenderse las siguientes directrices básicas:

- *Considerar la Constitución como la norma suprema del país y coordinadora de todo el orden jurídico.* Se debe partir de la idea de Constitución normativa y se debe estimar que la legislación en materia de propiedad intelectual (y la aplicación de esas normas) ha de estar sujeta a los mandatos constitucionales⁵⁴⁴.
- *Considerar la Constitución como la expresión de los valores que deben conseguirse en la sociedad.* Aunque durante mucho tiempo se negó, la Constitución tiene un contenido axiológico⁵⁴⁵; como claramente establece Alexy, existe una relación entre la teoría de los principios y la teoría de los valores⁵⁴⁶. Una premisa básica del neoconstitucionalismo es la presencia de valores en la Constitución⁵⁴⁷, lo que ha llevado a una tendencia generalizada en las jurisdicciones constitucionales de considerar los contenidos de las constituciones como declaraciones de valores⁵⁴⁸.
- *Considerar la protección a los autores como un valor establecido en la Constitución.* En el párrafo noveno del a. 28 de nuestra Ley Fundamental, el constituyente estableció que los privilegios que se concedan a autores, artistas e inventores no serán considerados monopolios; esto nos demuestra que se estimó a la labor de los autores (tema que ahora nos interesa) como algo valioso y digno de

⁵⁴⁴ En este sentido, *vid.* Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 37.

⁵⁴⁵ Afirma Vigo que los valores “se constituyen en los fines o fundamentos sobre los que se estructura el orden integral de la sociedad –en lo jurídico, político, económico y cultural en general–, por eso si bien su vigencia alcanza a todo el sistema jurídico, el contenido de los valores desborda el campo del derecho”, y añade: “Los principios operan como una especie de puente entre los valores y las reglas jurídicas. En efecto, ellos son determinaciones aun genéricas o proyecciones al campo del derecho de los valores”. Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 210, pp. 70 y 72.

De hecho, el Pleno de nuestra SCJN, ha reconocido expresamente la existencia de un “contenido axiológico y material de la Constitución Federal”. Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 93.

Sobre el contenido axiológico del derecho, *vid.* la exposición del jurista brasileño, Grau, Eros, *op. cit.*, nota 169, pp. 179 y ss.

⁵⁴⁶ Indica Alexy que: “El modelo de principios y el modelo de los valores han demostrado ser estrictamente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia de que el uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito axiológico (el ámbito de lo bueno). Por ello, las objeciones en contra de la teoría de los valores de los derechos fundamentales pueden afectar también la teoría de los principios”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 71, p. 147.

Vid., asimismo, Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 28, p. 172.

⁵⁴⁷ Como explica Häberle, se trata de valores *positivados* y consagrados en la Constitución. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 267, p. 10.

⁵⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1, pp 125 y 126.

Sobre los valores constitucionales, *cfr.* también Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 17, pp. 19 y ss; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 190, pp. 23 y ss.

protección por la Constitución⁵⁴⁹. Tal situación trae como consecuencia que la tutela a los autores con motivo de su actividad creativa, como valor constitucional, debe convivir y coexistir con otros valores consagrados en la Constitución, y en casos de colisión entre ese valor y otros bienes o normas constitucionales, debe acudir al principio de proporcionalidad.

- *Además de ser considerado como un instrumento de protección a los autores, la propiedad intelectual debe ser considerada un instrumento para la consecución de otros valores constitucionales.* Hay que tener presente que, en muchos casos, la propiedad intelectual ayuda al cumplimiento o satisfacción de otros valores constitucionales, como la educación, la cultura, la generación de riqueza económica, el mejoramiento del nivel de vida de los individuos, creación de empleos, desarrollo tecnológico, etc. Aunque también hay que tener presente que políticas de propiedad intelectual mal encausadas pueden ocasionar lo contrario. En muchos aspectos, la llamada propiedad intelectual puede ser un arma de doble filo.
- *Analizar las normas de propiedad intelectual desde la óptica constitucional y, por consiguiente, interpretar las normas de propiedad intelectual desde la Constitución.* Tradicionalmente se ha entendido por “interpretación constitucional” la atribución de sentido a las normas jurídicas contenidas en la Constitución; empero, la noción de “interpretación constitucional” ha cambiado,

se estudia no ya la interpretación “de” la Constitución sino “desde” la misma, y entonces, la cuestión se traslada al ordenamiento jurídico, más concretamente, se lo visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como “criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico”⁵⁵⁰.

- *Analizar las normas de propiedad intelectual con base en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y, por ende, interpretar las normas de la propiedad intelectual de conformidad con dichos instrumentos.* Como ya vimos, los tratados son fuentes muy importantes en materia de derechos fundamentales, por lo que los mismos también deben ser tomados como base para analizar y aplicar las normas del derecho intelectual.
- *Debe hacerse el análisis no sólo desde una postura descriptiva, sino también prescriptiva.* Siguiendo con la tendencia neoconstitucionalista, y alejándose de los postulados del paleopositivismo, el análisis constitucional de la propiedad intelectual no debe limitarse a meramente describir las características de cierto fenómeno jurídico, sino que además debe proponer las respuestas más viables desde

⁵⁴⁹ Otras disposiciones constitucionales que corroboran esta aseveración, son los aa. 4º *in fine* y 73 (fr. XXV y XXIX-Ñ) de la Constitución; mientras que en sede de creaciones industriales, tenemos los aa. 73 (fr. XXIX-F) y 89 (fr. XV).

⁵⁵⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 210, p. 82. La cita textual que hace Vigo, corresponde a Antonio E. Pérez Luño.

De hecho, como con acierto nos refiere Ribeiro, a la luz del neoconstitucionalismo (que, recuérdese, constituye el marco teórico de la presente investigación), toda interpretación jurídica termina siendo interpretación constitucional. *Vid.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 358.

Cfr. también García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 211, pp. 313 y 314.

un punto de vista constitucional. Es decir, quien realice análisis constitucional de la propiedad intelectual, no debe ser un mero observador neutral del fenómeno, sino que, además, debe ser crítico y valorativo.

- *Aceptar las soluciones a los problemas de propiedad intelectual que sean más acordes con la Constitución y con los otros instrumentos internacionales de derechos fundamentales.* Lo que a su vez significa desechar toda solución o propuesta que sea contraria a esas normas. Sólo así se logrará una verdadera eficacia normativa de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas regidas por el derecho intelectual

Bajo esas directrices metodológicas y con las nociones sobre derechos fundamentales que hemos desarrollado en el presente capítulo, haremos el estudio de nuestro tema de investigación en los siguientes capítulos, pues como se dijo en la introducción, el presente trabajo pretende ser un análisis constitucional de la propiedad intelectual.

CAPÍTULO SEGUNDO LOS DERECHOS DE AUTOR

Siguiendo con la metodología que se explicó al inicio del capítulo anterior, procederemos ahora a explorar los aspectos básicos de la figura de los derechos de autor, no sólo porque trataremos ideas que constantemente retomaremos a lo largo de este trabajo, sino también para comprender su evolución y despejar algunos mitos (o afirmaciones malintencionadas).

1.- Nota histórica sobre los derechos de autor.

Coincidimos con Aristóteles cuando afirma que “remontarse al origen de las cosas y seguir atentamente su desenvolvimiento es el camino más seguro para la observación”¹. En consecuencia, para poder comprender la institución de los derechos de autor, es necesario hacer una referencia mínima a sus orígenes (así, en plural) y a su evolución histórica.

Con esta exposición pretendemos, primordialmente, puntualizar los momentos clave de la regulación jurídica de los derechos autorales, y sólo en forma secundaria referir las ideas o filosofías que han influido en dicha regulación jurídica. Esto nos dará diversas herramientas para la reflexión y el análisis que se realizarán en los capítulos posteriores.

Para los efectos del presente apartado, dividiremos la evolución jurídica de los derechos de autor en tres grandes etapas: *a)* antecedentes, *b)* la era de los privilegios y, *c)* el derecho de autor moderno².

1.1.- Antecedentes.

Esta etapa se categoriza en base a que no existían los derechos de autor tal y como hoy los conocemos, aunque en ella aparecieron diversas figuras que, de alguna u otra forma, servían para dar cierta protección a los autores y/o a sus creaciones. Por eso, sólo cabe hablar de antecedentes y no de derechos de autor propiamente dichos.

En la Grecia clásica, presagiando lo que en el futuro se conocería como propiedad intelectual, se concedió protección excepcional y temporalmente limitada a los cocineros que desarrollaran un nuevo platillo³, siendo este un primer antecedente del derecho de explotación. Asimismo, en Atenas, en el año 330 a.C., existió una ley que ordenaba que las copias de las obras de los clásicos de la dramaturgia se depositaran en los archivos de las autoridades, obligándose a los actores a respetar el texto original⁴, lo que representa un antecedente del derecho moral de integridad.

¹ Aristóteles, *Política*, (libro I, capítulo I), trad. Patricio Azcárate, <http://www.cervantesvirtual.com>, marzo de 2008.

² Esta última etapa podría subdividirse, a su vez, en los siguientes períodos: construcción del moderno derecho de autor (s. XVIII), consolidación (s. XIX), internacionalización (finales del s. XIX y s. XX), y cuestionamiento –y posiblemente reconstrucción– del derecho de autor (finales del s. XX y principios del s. XXI). Sin embargo, con el propósito de simplificar la explicación, sólo dividiremos esta exposición en las tres grandes etapas que hemos mencionado *supra*.

³ Geller, Paul Edward, “Copyright history and future: what’s culture got to do with it?”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 47, 2000, p. 212.

⁴ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 28.

De hecho, la figura de la autoría individual ya era conocida en Grecia; tan es así, que las ciudades-estado organizaban festividades religiosas, en las que concursaban nuevas obras dramáticas que eran representadas y en las que se concedían honores a los autores ganadores⁵.

En Roma, a pesar de su importante desarrollo jurídico, no se estableció una institución análoga a los derechos de autor. Esto se debió, como nos explica Lipszyc, a que los libros se copiaban a mano, con mucho trabajo y tiempo invertido, de forma que el costo de hacer copias era muy alto y el número de estas era limitado⁶. Los autores subsistían a través del mecenazgo y la docencia⁷. De hecho, la expresión “mecenaz” proviene de la labor de Cayo Cilnio Mecenas, ministro de Augusto, que fue protector de Horacio, Virgilio y Propertio⁸.

Aun así, la noción de autoría ya estaba presente en las normas morales y en los convencionalismos sociales de la tardía república romana. Por ejemplo, Cicerón, con relación a su obra *De Finibus* le escribió a su amigo Ático⁹: “¿Te propones publicar mi obra contra mi voluntad? Ni siquiera Hermodoro se atrevió a hacer cosa semejante”¹⁰. Como nos explica el maestro Alfonso Reyes, Cicerón apeló a un argumento ético, no a uno jurídico, pues como abogado era factible que supiera que no había en el derecho romano normas que permitieran a los autores controlar sus obras¹¹.

Otro antecedente destacado, en especial para los intereses morales del autor, es el del poeta Marcial, quien en sus epigramas¹² llamó *plagium* a la conducta de aquellos que se hicieron pasar por autores de sus versos, suplantándolo¹³, en particular hizo este reproche en contra de Fidentinus¹⁴. Por ese motivo, la palabra “plagio” no sólo se aplica a la

⁵ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 212 y 213.

⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

Cfr. también, Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 213 y 214.

⁷ Bugbee, Bruce W., “European origins” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 269; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

⁸ Jessen, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, trad. Luis Grez Zuloaga, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 18.

⁹ Dock, Marie-Claude, *Contribution historique a l'étude des droits d'auteur*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, p. 35; y Reyes, Alfonso, “Libros y libreros en la antigüedad” en Reyes, Alfonso, *Obras completas*, México, FCE, 1979, t. XX, p. 386.

¹⁰ “Sed dic mihi, placetne tibi primum edere injusso meo? Hoc ne Hermodorus quidem faciebat, is qui Platonis libros solitus est divulgare”. Texto en latín obtenido en Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 35.

¹¹ Reyes, Alfonso, *op. cit.*, nota 9, p. 386

¹² Cfr., por ejemplo, tenemos su Libro I, epigrama 52, en donde Marcial le encomienda sus libros a Quintiniano, señalándole que si alguien los recitase en público debiera advertirle que son de Marcial, y que si llegaba a realizar esa advertencia tres o cuatro veces, debería hacer sentir avergonzado al *plagiario* (“Commendo tibi, Quintiane, nostros – nostros dicere si tamen libellos possum, quos recitat tuus poeta – : si de seruitio graui queruntur, adsertor uenias satisque peastes, et, cum se dominum uocabit ille, dicas esse meos manique missos. Hoc si terque quaterque clamitaris, inpones plagiario pudorem”). El texto en latín se obtuvo en <http://martialis.blogspot.com>, agosto de 2007.

¹³ Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, p. 74; Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 30; Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 269; Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 37; Posner, Richard A., *The little book of plagiarism*, Nueva York, Pantheon Books, 2007, pp. 49 y 50.

¹⁴ Por ejemplo, en su Libro I, epigrama 38, Marcial afirma que es suyo un libro recitado por Fidentinus, pero que este último lo recita tan mal, que parece en verdad ser de Fidentinus (“quem recitas meus est, o Fidentine, libellus: sed male cum recitas, incipit esse tuus”). El texto en latín también se obtuvo en <http://martialis.blogspot.com>, agosto de 2007, y <http://www.thelatinlibrary.com>, agosto de 2007.

actividad de los secuestradores (como era su significado original), sino también a la de aquellos que, sin ser autores de una obra, hacen creer que lo son.

A propósito de los epigramas de Marcial, el profesor Rodríguez Tapia nos recuerda que: “Todos sabemos que hay conciencia de la autoría desde muchos siglos atrás”¹⁵; lo cual veremos corroborado con el resto de antecedentes que se citan en el presente apartado. Y con eso se rompe uno de los mitos actuales, en el sentido de que la figura de la “autoría” es una invención de la edad moderna.

También destacan las afirmaciones del arquitecto Vitrubio, quien en su obra *De architectura* (libro VII, introducción), señaló que hay que condenar a, aquellos que robando los escritos de los demás, los hacen pasar como propios, e incluso hay que reprender a quienes se vanaglorian de distorsionar el pensamiento de un autor¹⁶. Como se ve, se trata, más que nada, de un reproche moral a conductas no aceptables socialmente; pero la conciencia de respeto al autor individual, ahí está.

No obstante lo anterior, en Roma comenzaron a surgir algunas nociones jurídicas (así sea embrionarias) sobre la protección de las obras. Y de hecho, como nos indica Marie-Claude Dock, los romanos distinguieron entre las “cosas corporales” y las “cosas incorpóreas”¹⁷.

Por ejemplo, Paulo distinguió entre la obra y el soporte material que la contiene, y estableció algunas reglas sobre el particular, como se puede apreciar en los siguientes párrafos del *Digesto* de Justiniano (libro 6, título 1, 23):

3.- Pero también lo que se escribe en papel mío, ó se pinta en tabla mía, al punto se hace mío, aunque respecto á la pintura hayan opinado algunos lo contrario por razón del valor de la pintura; pero es necesario que sin ella no puede existir.

4.- Así, pues, en todos estos casos en que una cosa mía atrae á si por su superioridad la cosa ajena, y la hace mía, si yo vindicara esta cosa, seré obligado por la excepción de dolo malo a dar el precio de aquello a que se hubiere anexionado¹⁸.

Así, para Paulo, la pintura es únicamente algo accesorio a la tabla. Solución diferente es la aportada por Gayo, quien en sus *Institutas* (comentario segundo, párrafo 78) sostiene que la propiedad de la tabla es accesorio a la de la pintura, que sería lo principal¹⁹.

De cualquier forma, se produce una especie de accesión entre la obra y el soporte material²⁰. Empero, hay casos interesantes como el de Terencio, cuya obra teatral, *El*

¹⁵ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 57.

¹⁶ “Itaque quemadmodum his ratiæ sunt agenda, contra qui eorum scripta furantes pro suis praedicant sunt vituperandi, quique non propriis cogitationibus scriptorum nituntur, sed invidis moribus aliena violantes gloriantur, non modo sunt reprehendi, sed etiam quia impio more vixerunt, poena condemnandi. Nec tamen haec res non vindicatae curiosius ab antiquis esse memorantur. Quorum exitus iudiciorum qui fuerit, non est alienum quemadmodum sint nobis traditi explicare”. Texto en latín obtenido en <http://www.intratext.com/X/LAT0188.HTM>, agosto de 2007. Una traducción al inglés puede encontrarse en <http://www.penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Vitruvius/home.html>, agosto de 2007.

¹⁷ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 16.

¹⁸ Cfr. García del Corral, Idefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, Barcelona, Jaime Molinar Editor, 1889, p. 472.

¹⁹ “Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere”. Texto en latín obtenido de <http://www.thelatinlibrary.com/gaius2.html>, agosto de 2007. Una traducción al inglés puede consultarse en la siguiente página <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm>, abril de 2008

Eunuco, tuvo tanto éxito en su estreno, que fue “vendida” por segunda ocasión y se representó otra vez como si fuera nueva. Así, la relación jurídica entre el autor y el organizador del espectáculo ya no estaba referida a la propiedad del soporte material, sino a la posibilidad de representar subsecuentemente la obra con independencia del manuscrito²¹.

Asimismo, existían instituciones jurídicas que, si bien no eran derechos de autor como hoy los conocemos, servían para reclamar cierta protección. Por ejemplo, el *Digesto* castigaba el robo de manuscrito en forma independiente al robo común (por ser un bien escaso ypreciado)²²; también tenemos el caso de la *actio iniuriarum*, misma que protegía la reputación de las personas, y podía ser utilizada en casos de falsa atribución de autoría²³.

En Roma también podemos encontrar nociones embrionarias sobre el dominio público y la no protección de las ideas, como se puede apreciar en *De arte poetica*, en donde Horacio considera que las ideas forman parte del dominio público, por lo que son susceptibles de libre explotación²⁴.

Por su parte, el derecho judío exigía fidelidad al reproducir textos de otros e, incluso, dar crédito cuando se utilizaran palabras ajenas²⁵, lo que es otro antecedente sobre las facultades morales de los autores; lo que, de nueva cuenta, nos demuestra que se consideró importante respetar la persona del autor y sus ideas.

También se suele citar como antecedente (aunque parece ser que sólo existen fuentes indirectas) el caso de Columba en Irlanda. Un monje del s. VI, conocido como Columba (también llamado Columba de Iona o San Columba –pues la jerarquía católica luego le conferiría ese estatus–), copió en secreto y sin autorización un salmo del abad Finnian (a quien también se le hizo santo); al percatarse este último de lo acontecido, le exigió a Columba que le entregara la copia que realizó, pero la respuesta del copista fue negativa. El agraviado presentó, en el año 567, una reclamación ante el rey Dermott, quien resolvió a favor de Finnian, y a quien se le atribuye la frase: “A cada vaca su vaquilla, y a cada libro su copia”²⁶.

²⁰ Della Costa, Héctor, *El derecho de autor y su novedad. Estructura – Dinámica – Problemática*, Buenos Aires, Cathedra, 1971, p. 32.

Cfr. asimismo, Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 16 a 18.

²¹ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 33 y 34.

Vid. también, Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

²² Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 1998, p. 13; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 21; Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 9; Cifuentes Vargas, Manuel, “La propiedad intelectual indo-hispana”, *PEMEX Lex*, México, núms. 123-124, octubre 1998, p. 11.

²³ Rocha de Souza, Allan, “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Brasil, año IV, núm. 7, diciembre 2005, p. 10; Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 63; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 9.

En contra, Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 31.

²⁴ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 18.

Las palabras precisas de Horacio fueron: “Publica materiaes privati juris erit, si non circa vilem patulumque moraberis orbem, nec verbo verbum curialis reddere fidus interpres nec desilies imitator un artum, unde pedem proferre pudor vetet aut operis lex”. Texto en latín en *idem*.

²⁵ Dallón, Craig W., “The problem with Congress and copyright law: forgetting the past and ignoring the public interest”, *Santa Clara law review*, California, vol. 44, 2004, pp. 372 y 373.

²⁶ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Pretince Hall, 2005, pp. 30 a 32; Miller, Frank R., “A re-examination of literary piracy”, *University of Newark law review*, Nueva

En lo que ahora es México, a pesar de existir autores individualizados de mucho renombre, como Nezahualcóyotl, la mayoría de las obras prehispánicas son de creación anónima; además de que no hay precedentes de normas jurídicas que en las civilizaciones indígenas otorgaran protección a los autores²⁷. Sin embargo, sí tenemos conocimiento de que en la cultura náhuatl se eximió de tributos y trabajos a pintores, escribanos y músicos, por lo provechoso y grato que era su quehacer para la comunidad²⁸.

En la Edad Media, los chinos inventaron la imprenta²⁹, lo que implicó que en tal país se pudieran hacer copias en forma más fácil y barata. La respuesta del Imperio fue prohibir y regular la copia de ciertas obras, estableciéndose un registro de tales creaciones ante las autoridades. Hubo una complicidad entre los jefes imperiales (que buscaban la censura) y los impresores y libreros (quienes buscaban fortalecer sus posiciones en el mercado), lo que, a decir de Geller, presagió los acontecimientos europeos del s. XVI³⁰.

En el derecho musulmán se puede apreciar una noción del fenómeno de la “autoría”³¹, pues la sharia prohibía la falsa atribución de autoría de los textos de grandes maestros para aprovecharse de su reputación en forma no autorizada³².

Mientras tanto, en la Europa medieval, las nociones del derecho romano seguían teniendo influencia. Como nos advierte Mark Rose³³, se consideraba que el dueño de un manuscrito poseía el derecho de autorizar sus copias, lo cual implicaba una posibilidad de lucrar con la obra, como lo hicieron los monasterios que cobraban determinadas tarifas por el permiso de copiar los libros que poseían. Este es otro antecedente, más no propiamente un derecho de autor, pues se trataba en realidad de una prerrogativa sobre el objeto material (no sobre la obra en sí), y no era un derecho del cual fueran titulares los autores del libro³⁴.

Jersey, núm. 4, vol. V, noviembre 1940, p. 334; Dallon, Craig W., *op. cit.*, nota 25, pp. 374 y 375; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 74.

²⁷ Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, pp. 7 y 8.

En este sentido, Díaz Alcántara y García Moreno indican que “no se tienen noticias de que las legislaciones autóctonas reglamentaran este derecho –señalan estos juristas, refiriéndose al derecho de autor–; el hecho se debe principalmente a las características de la organización política de los antiguos pobladores de México en que las manifestaciones artísticas e intelectuales de los aborígenes tenían carácter religioso, tan acendrado en las culturas antiguas”. Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, “El derecho de autor en México (1810-1985) y en el ámbito internacional” en VV.AA., *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, p. 929.

²⁸ Morfín Patraca, José María, “El papel del Estado en el derecho de autor y los derechos conexos – La experiencia de México” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 205.

²⁹ Hesse, Carla, “The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance”, *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, EUA, s/n, primavera 2002, p. 27.

³⁰ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 214.

Cfr. también, Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, pp. 29 y 30.

³¹ “To be sure, a certain notion of legal ‘authorship’ did emerge from Islamic scribal practices. But a concept of intellectual property did not”. Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 28.

³² *Idem.*

³³ Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 9.

³⁴ Sobre el particular, *cfr.* también Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 270.

1.2.- La era de los privilegios.

A mediados del s. XV se da la invención de la imprenta en Europa por Gutemberg, lo que ocasionaría un cambio radical en la producción y distribución de libros y otros impresos. En esta época todavía no hay derechos de autor como los conocemos, pero sí ya algo más parecido: los monopolios o privilegios de impresión que, por lo general, se les concedieron a impresores³⁵.

En el s. XV los estado-naciones concedían diversos monopolios con el propósito de atraer tecnología e inversiones³⁶, a estos monopolios se les llamó privilegios. El primero y más famoso de estos privilegios fue el monopolio de impresión concedido en 1469 a Giovanni da Spira por cinco años como recompensa por haber introducido la imprenta en Venecia³⁷. Otros privilegios destacados de Venecia fueron: el concedido en 1498 a Terracina para que durante 25 años pudiera imprimir libros de lengua árabe, siria, armenia, bábara e india, entre otras; así como el otorgado Aldus Manutius en 1495 para imprimir en exclusiva durante 25 años sus trabajos en griego³⁸.

Si bien la mayoría de los privilegios se concedían a impresores y libreros³⁹, también se dieron casos en que los beneficiarios fueron los autores. El primero de estos privilegios fue el concedido en Venecia a Marc' Antonio Sabellico el 1º de septiembre de 1486, sobre su obra *Decades rerum veneratum*; tal privilegio contemplaba una multa de 500 ducados a quien imprimiera esa obra sin la autorización del autor⁴⁰. Dadas sus características, Bugbee afirma que este es, probablemente, el primer *derecho de autor en la historia del mundo*, y un avance mayor en el derecho de la propiedad intelectual⁴¹.

Otros casos de privilegios otorgados a autores son el de Petrus Franciscus de Ravenna en 1492 sobre su obra *Foenix* y el de Ariosto en 1515 sobre su *Orlando furioso*, ambos en Venecia⁴².

De igual forma, diversos países europeos fueron adoptando un sistema de privilegios como el de Venecia⁴³. Por ejemplo, en Inglaterra los privilegios aparecieron en 1518, concediéndose la mayoría a impresores, pero algunos a favor de autores, como el otorgado a John Palsgrave en 1530, o el dado a Samuel Daniel por su obra *History of England*⁴⁴. Del mismo modo, en Francia el primer privilegio concedido a un autor sería el de Juan Celaya en 1517, aunque son más famosos los concedidos posteriormente a Rabelais⁴⁵.

³⁵ Pimenta, Eduardo, *Princípios de direitos autorais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I, p. 4.

³⁶ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 215.

³⁷ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 270; Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 63; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 30; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 21; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 30 y 31; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 36; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

³⁸ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Los bienes*, trad. José M. Cajica, México, Cajica, 1955, p. 181; Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 271.

³⁹ Varela, José María, "El derecho de autor a través del tiempo", *Documentautor*, México, vol. III, núm. 2, mayo 1987, p. 18.

⁴⁰ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 271; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

⁴¹ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 271.

⁴² *Idem*; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

⁴³ Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 33.

⁴⁴ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11.

⁴⁵ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 82.

Empero, el otorgamiento de derechos exclusivos a los autores no era una constante, sino más bien una excepción; por lo que en la época de los privilegios, más que hablar de “derechos de autor” se podría hablar de “derechos de impresor”.

Aun así, como afirma Rose, con el Renacimiento se fue consolidando la figura del “autor” y se fue desarrollando un sentido general de que era impropio publicar el texto de un autor sin su autorización. Inclusive, se comenzaron a dar los primeros litigios promovidos por autores. El primero de estos pleitos fue instaurado en Francia por Guillaume Cop en 1504, autor de un almanaque que fue copiado sin autorización por el librero Jean Boisser, logrando obtener una orden del parlamento de París (que en esa época actuaba como juzgado de primera instancia), la cual establecía que Boisser no podría vender ninguna copia del almanaque si no estaba autenticada con la firma de Cop⁴⁶.

De hecho, el Parlamento de París, a pocos días de haber resuelto el caso de Cop en 1504, recibió una demanda del poeta André de la Vigne solicitando medidas cautelares en contra del impresor Michel Le Noir, para evitar que se reimprimiera un libro que contenía algunos poemas del actor. El 11 de mayo de ese año, el Parlamento dictó un auto preliminar en el que le permitió a Le Noir imprimir los libros pero no venderlos, y al final, el 3 de junio de 1504, el asunto se resolvió a favor del autor, concediéndole el derecho exclusivo de imprimir y vender sus poemas⁴⁷.

Los gremios, característicos de la Edad Media, todavía conservaban su fuerza en el s. XVI, y los libreros e impresores se congregaron en asociaciones gremiales para evitar la competencia; a la par, las autoridades estatales les fueron concediendo determinadas prerrogativas a estos gremios, incluso facultades de policía. Tales monopolios mediáticos, con apoyo estatal, reforzaron la censura y protegieron a los editores contra la comercialización de copias no autorizadas de sus libros⁴⁸. De esta forma, la era de los privilegios *se caracterizó por la censura*⁴⁹ y por constituir estos un *instrumento* para evitar la difusión de ideas no aprobadas por el poder público.

Así, un decreto dictado en 1548 dispuso que los impresores y libreros de Venecia debían incorporarse a un gremio, lo que tenía el propósito de mejorar el comercio de libros, a la vez que suprimir la literatura que la Inquisición consideraba herética⁵⁰. De igual forma en Inglaterra, en 1557, se concedió a un gremio, la *Stationer's Company*, un monopolio de impresión, de manera que sólo podrían imprimir libros los miembros del gremio o, en su caso, los que hubieran obtenido un privilegio directamente de la corona⁵¹. Esta situación

⁴⁶ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 18 y 19.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁸ Patterson, Lyman Ray, *Copyright in historical perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 6; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 215; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 30; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 21.

⁴⁹ *Cfr.* De Cock Buning, Madeleine, “Expansion and convergence in copyright law” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 48.

En el caso de España la censura fue muy férrea, como se puede apreciar en la ordenanza de 1502 que establecía que los libros no se podían imprimir sin haber pasado la censura eclesiástica y sin haber obtenido la licencia real correspondiente, lo que acarrearía la quema pública de ejemplares. Asimismo, Felipe “El Hermoso” dictó una pragmática en 1558 que impuso la censura obligatoria y el permiso previo para llevar libros al nuevo mundo. *Cfr.*, Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 34 y 35.

⁵⁰ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 272.

⁵¹ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 4; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 30; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 34; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, pp. 3 y 4.

prevalecería durante muchos años y fue, como veremos más adelante, objeto de múltiples protestas y el detonador que llevó a la concepción moderna de los derechos de autor.

Mientras tanto, en Venecia se dio otro avance substancial: el 7 de febrero de 1545 se dictó un edicto (que posiblemente es el primero diseñado específicamente para proteger autores) en el que se ordenó que ningún libro podía imprimirse o venderse a menos que el impresor tuviera pruebas *documentales* de haber obtenido la autorización del autor o de sus herederos⁵², y que los libros impresos sin autorización serían confiscados y quemados, mientras que los impresores serían sancionados con multa de un ducado y un mes de prisión por cada autor y libro afectado⁵³. Esto es muy relevante, porque dicho edicto antecede por casi doscientos años al Estatuto de la Reina Ana de 1710 (el cual es considerado la primera norma jurídica que concede derechos exclusivos a los autores), de manera que una relectura de la historia del derecho intelectual, nos llevaría concluir que *la fecha de nacimiento de los modernos derechos de autor fue en 1545 y no en 1710*.

Por su parte, el Parlamento de París seguiría, de vez en cuando, dictando sentencias en las que reconocía ciertas prerrogativas a los autores. Por ejemplo, en 1586 se impugnó un privilegio concedido a Nicolas Nivelles para imprimir los comentarios de Marc-Antoine Muret a la obra de Séneca; Muret ya había fallecido, pero sus amigos atacaron el privilegio de Nivelles bajo el argumento de que un privilegio real no podía prevalecer sobre los deseos del autor, ya que el creador de un libro es su dueño absoluto, y seguiría bajo su control incluso si el autor se convirtiera en esclavo. El Parlamento de París aceptó ese argumento y anuló el privilegio⁵⁴.

Mientras tanto, en Inglaterra no se presentaban mayores avances. En efecto, en 1642 el Parlamento promulgó un edicto que prohibía la impresión o reimpresión de escritos sin el nombre y autorización del autor; aunque esto más que una medida destinada a conceder derechos a los autores, fue consecuencia de la proliferación de libros anónimos y buscaba controlar los libros sediciosos o blasfemos⁵⁵.

John Milton protestó severamente contra el edicto de 1642 en su *Areopagítica*, escrito de gran valor histórico, en el que se encumbra la figura del autor individual, una persona cuya autoridad no se basa en una oficina pública o en una sanción, sino en su experiencia personal, estudio y deliberación. De hecho, el propio Milton se veía a sí mismo como un autor protestando contra una norma que estimaba insultante a la dignidad de los creadores⁵⁶. Resultan ilustrativas las palabras de Milton:

Quando un hombre escribe para el mundo, convoca toda su razón y deliberación en su asistencia; investiga, medita, se mete en mil trabajos, y probablemente de ello departe y sobre ello consulta a sus

Sobre la actividad de la *Stationer's Company*, Paul Goldstein nos refiere lo siguiente: "Sin perjuicio de la autoridad suprema de la Corona, en Inglaterra el poder de los dueños de papelerías sobre el sector editorial era absoluto. Ningún miembro de la asociación y a propósito, casi todas las papelerías inglesas eran miembros, podían publicar una obra sin su consentimiento. La asociación tenía el poder de detectar, confiscar y destruir tales obras". Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 75.

⁵² Probablemente este es el antecedente más remoto del requisito de formalidad escrita de los contratos autorales previsto en el a. 30 *in fine* de nuestra LFDA.

⁵³ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 20 y 21; y Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 218.

⁵⁴ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 78 y 79; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 20; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 4.

⁵⁵ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 22.

Cfr. también, Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 223.

⁵⁶ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 28.

amigos avisados, después de lo cual se tiene por concedor en lo que escribe, tanto como cualquiera que sobre lo escrito decretara. Si en este su más consumado acto de buena fe y buena razón ni sus años, ni su industria, ni la anterior demostración de sus capacidades pueden granjearle título de madurez – salvo si acarrea todo su trabajo sopesado, sus desveladas de media noche y gasto de aceite del Paladio al vistazo de un licenciador agobiado, tal vez de edad mucho más verde, tal vez harto inferior en el juicio o ignorante de las fatigas de ajustar un libro, (...) no habrá en todo ello sino deshonra y detracción para el autor, para el libro, para el privilegio y dignidad del Saber⁵⁷.

Esto no sólo es un alegato contra la censura gubernamental, sino un argumento a favor de la dignidad de los autores y, en particular, contra la mutilación o modificación a su obra: únicamente el autor tiene el señorío para decir cuál es el contenido y forma de su creación. El contenido de una obra sólo debe responder al criterio de su autor.

En otro orden de ideas, lo más común en la época de los privilegios era el que los autores vendieran sus manuscritos a los gremios (como la *Stationer's Company*)⁵⁸, pero no se hiciera mención alguna a cualquier prerrogativa para realizar copias de la obra. Por ejemplo, Moliere se quejó de que una copia de su *Précieuses Ridicules* fue robada de su habitación y terminó en manos de un librero que terminó obteniendo el privilegio de publicarlo; por lo que el dramaturgo consideró extraño que alguien pudiera publicar el trabajo de otro en contra de su voluntad⁵⁹. Empero, poco a poco eso fue cambiando, al grado de que en 1667 se suscribe el primer contrato, del que se tiene conocimiento, en el que se conceden derechos, tanto sobre el manuscrito, como sobre las copias del libro; se trata del contrato sobre la obra *Paradise Lost* de John Milton⁶⁰.

Si bien en esta época los autores vendían sus manuscritos, eso no les representaba mayores ingresos; su verdadera fuente de subsistencia seguía siendo el patrocinio aristocrático o de la realeza⁶¹.

En 1662 se dicta en Inglaterra la *Licensing Act*, misma que prohibía la publicación de cualquier cosa sin la licencia de la autoridad correspondiente, lo que evidentemente era una norma de censura. Ya para finales del s. XVII esa ley era fuertemente atacada por quienes abogaban a favor de la libertad de expresión⁶². Uno de los principales opositores a esa ley fue John Locke, cuyo pensamiento ha sido continuamente invocado a favor de los derechos de autor.

Locke no desarrolló una teoría de los derechos de autor (o de la propiedad intelectual en general) en sus obras más representativas, pero su teoría de la propiedad ha sido utilizada para justificar los derechos de autor (e incluso las restricciones a este derecho)⁶³,

⁵⁷ Milton, John, *Areopagítica*, México, trad. José Carner, 3a. ed., FCE / Sociedad Interamericana de Prensa, 2000, pp. 56 y 57.

⁵⁸ Feather, John, "From rights in copies to copyright: the recognition of authors' rights in English law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries", *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992, p. 470; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 11.

Situación similar se presentaba en Francia, donde se cedían derechos sobre los manuscritos en tanto cosas materiales. *Cfr.* Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 80.

⁵⁹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 218.

⁶⁰ *Idem*; Lindebaum, Peter, "Milton's contract", *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992, p. 441; Loewenstein, Joseph, *The author's due: printing and the prehistory of copyright*, EUA, The University of Chicago Press, 2002, p. 204; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 27.

⁶¹ Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 31.

⁶² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 31.

⁶³ Horowitz, Steven J., "Rethinking lockean copyright and fair use", *Deakin law review*, vol. 10, núm. 1, 2005, p. 210; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26.

en especial, destaca su idea de que una persona puede apropiarse de algo cuando lo mezcla con sus esfuerzos personales o labores⁶⁴, lo que en materia de derechos de autor sucede cuando alguien toma una idea y la mezcla con su forma particular de expresarse⁶⁵.

Asimismo, Locke se mostró como un importante impulsor de los derechos de autor. Luego de que en 1693 se prorrogó la *Licensing Act* de 1662, Locke inició una campaña contra esa ley y escribió un *Memorandum* para el Parlamento⁶⁶. En dicho escrito, el célebre filósofo liberal atacó duramente el monopolio que tenía la *Stationer's Company*, así como se mostró partidario de la figura del dominio público y estimó a los autores como titulares originarios de un derecho sobre sus copias (el cual podrían transmitir a los editores y no debiera de durar más de 50 o 70 años después de la muerte del autor)⁶⁷.

A mayor abundamiento, en su misiva de 18 de marzo de 1695⁶⁸, Locke afirma que los impresores no pueden usar el nombre de un autor sin su permiso, así como reiteró que los autores tienen derechos sobre sus copias (“*secure the Authors property in his copy*”)⁶⁹, lo que equivale al actual derecho de reproducción y al derecho moral de paternidad⁷⁰.

De igual forma, Daniel Defoe, famoso por su *Robinson Crusoe*, y quien había sido recientemente liberado de prisión por delitos de prensa, comenzó a publicar una serie de trabajos (1704-1709) donde se quejaba del sistema de privilegios y proclamaba que era necesario que el Parlamento inglés dictara una ley concediendo derechos a los autores, una ley *para los autores*⁷¹.

⁶⁴ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Madrid, 2a. reimp., Alianza, 2003, pp. 55 a 75.

⁶⁵ Horowitz, Steven J., *op. cit.*, nota 63, p. 223 y ss.

⁶⁶ Rocha de Souza, Allan, *op. cit.*, nota 23, p. 16; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 32.

⁶⁷ “(...) for those who purchase copies from authors that now live and write, it may be reasonable to limit their property to a certain number of years after the death of the author, or the first printing of the book, as, suppose, fifty or seventy years”. Locke, John, “Memorandum” en King, Peter, *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*, Londres, Henry Colburn y Richard Bentley, 1830, vol. I, pp. 386 y 387.

⁶⁸ Es importante apuntar que esta carta complementa al citado *Memorandum*, y que no puede tenerse una visión completa sobre la ideología de Locke en materia de derechos de autor prescindiendo de tales documentos y aplicando únicamente su teoría de la propiedad.

Es de destacarse que existe una tendencia reciente (en particular de aquellos que no simpatizan con los derechos de autor) de hacer estudios históricos prescindiendo de los referidos documentos, concluyendo que la teoría lockeana de la propiedad es inaplicable a los derechos de autor y que Locke nunca se pronunció sobre estos. *Cfr.* Zemer, Lior, “The making of a new copyright lockean”, *Harvard journal of law and public policy*, vol. 29, núm. 3, 2006, pp. 892, 894 y 895.

⁶⁹ En dicha carta hizo una propuesta sobre lo que debiera ser el contenido de la ley: “And be it farther enacted that noe printer shall print the name of any person as Author or publisher of any book pamphlet pourtraicture or paper without authority given in writeing for soe doing under the penalty of forfeiting the sum of to the party whose name shall be soe printed as Author or publisher and the further etc”; añadiendo Locke que: “To secure the Authors property in his copy, or his to whom he has transferd it I suppose such a clause as this will doe, subjoind to the clause above written And be it farther enacted that noe booke pamphlet pourtraicture or paper printed with the name of the Author or publisher upon it shall within years after its first edition be reprinted with or without the name of the Author to it without Authority given in writeing by the Author or somebody intituled by him, for soe doing under the penalty of the forfeiture of all that shall be soe reprinted to the Author his Executors Administrators or Assignes”. *Cfr.* De Beer, E.S. (comp.), *The correspondence of John Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1979, vol. 5, p. 795.

⁷⁰ Zemer, Lior, *op. cit.*, nota 68, p. 902.

⁷¹ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 34 a 36; y Loewenstein, Joseph, *op. cit.*, nota 60, pp. 214 y 215.

Según nos refiere Rose, en esa época ya se comenzaba a utilizar la metáfora “padre e hijo / autor y obra” para abogar a favor de los derechos de los autores⁷². Por la misma época, los agremiados de la *Stationer’s Company* cabildeaban para que se emitiera una nueva ley que les reconociera derechos de propiedad sobre los libros⁷³.

Este ambiente va a ser el caldo de cultivo para el nacimiento de los derechos de autor, tal y como hoy los entendemos; tema al que dedicamos el siguiente apartado.

1.3.- *El derecho de autor moderno.*

Las presiones que a finales del s. XVII e inicios del XVIII se hicieron sobre el parlamento inglés, llevaron a que el 10 de abril de 1710 expidiera el *Statute of Anne* o Estatuto de la Reina Ana⁷⁴. Dado que en esta ley se concedían directa y originariamente a los autores los derechos de exclusividad sobre sus obras, se suele considerar como el punto de partida del derecho de autor moderno, aunque ya vimos que Venecia se había adelantado con su edicto de 1545. De cualquier forma, cabe señalar a favor del Estatuto de la Reina Ana que este tuvo más influencia y repercusiones en Europa, pues bajo su ejemplo, poco a poco, se fueron dictando, por todo ese continente, leyes que otorgaban derechos directamente a autores.

Dentro de los puntos destacables del Estatuto de la Reina Ana, podemos mencionar la importancia que se le otorga al autor, al cual se le conceden *originariamente* derechos privados sobre su obra, los cuales podían ser transmitidos a los editores (este derecho autorial se concedía con independencia de la pertenencia o no a la *Stationer’s Company*⁷⁵). Tales transmisiones eran temporales⁷⁶, pues la primera cesión concluía antes de que se cumplieran 14 años, ya que en ese plazo se revertían los derechos a favor de los autores, para que pudieran renegociar sus derechos por un siguiente período de 14 años⁷⁷, teniendo, así, los derechos una duración total de 28 años, para luego entrar las obras al dominio público. Asimismo, la protección estaba sujeta a ciertas formalidades, como el registro del título de la obra y el depósito de nueve ejemplares de la misma⁷⁸.

Con esto se descentralizó el poder de diseminar las obras y se les concedió derechos subjetivos privados a los autores, quienes acudirían a tribunales civiles a hacer valer sus

El ejemplo de Defoe en Inglaterra será seguido por Diderot en Francia y Lessing en Alemania, quienes afirmaron que los escritores deberían vivir de las ganancias de sus obras y no del patrocinio de las élites. *Cfr.* Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 32.

⁷² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 38 y 39.

⁷³ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁴ Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 12; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 33; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 225; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 10; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 5; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 43; Rocha de Souza, Allan, *op. cit.*, nota 23, p. 16; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 47; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26; Varela, José María, *op. cit.*, nota 39, p. 18.

⁷⁵ Para Patterson, esta es la mayor aportación de la ley en glosa. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 145.

⁷⁶ Lo que implica el antecedente más remoto de los aa. 30 y 33 de nuestra LFDA, mismos que determinan que toda transmisión de derechos de explotación debe ser temporal y, como regla general, no puede durar más de 15 años.

⁷⁷ Esta idea de la reversión fue tomada directamente de Locke. *Cfr.* Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 47.

⁷⁸ Sobre los principales contenidos de este estatuto, *vid.* Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 60, pp. 225 y 226; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 31 y 32; Loewenstein, Joseph, *op. cit.*, nota 60, pp. 218 y 219; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26.

derechos (dejando así de depender de medidas de policía)⁷⁹. Por consiguiente, el otorgamiento de derechos a los autores fue un importante avance en contra de la censura. Claramente nos indica Rose: “The passage of the statute marked the divorce of copyright from censorship”⁸⁰.

Empero, el limitado plazo de protección concedido por el Estatuto de la Reina Ana fue algo que molestó a los impresores y libreros⁸¹, quienes a finales de la década de 1720 acudieron al Parlamento a pedir una protección perpetua; y como dicha petición no fue bien recibida, acudieron a los tribunales para tratar de obtener ese derecho perpetuo⁸².

Los impresores y libreros elaboraron una teoría que establecía que, independientemente de lo que dijera el Estatuto de la Reina Ana (*statutory law*), el *common law* concedía a los autores un derecho de propiedad perpetuo sobre sus obras (al igual que se lo concedía a los granjeros respecto de sus tierras, doctrina ya aceptada en tribunales), y ese derecho podía libremente ser transmitido para que la obra se convirtiera en propiedad del editor⁸³. En los años subsecuentes, invocarían esa teoría repetidamente en los tribunales. Mientras tanto, en 1734 el Parlamento inglés dictó una segunda ley sobre derechos de autor, la *Engraving Copyright Act* para la protección de las obras de grabado⁸⁴, pues debemos recordar que el Estatuto de la Reina Ana sólo protegía obras literarias.

El país que inmediatamente siguió el ejemplo inglés y fue el segundo en establecer un régimen de derechos de autor, fue Dinamarca, como se desprende de su legislación de 1741⁸⁵.

En España, en 1763, el rey Carlos III dictó una Real Orden (vigente hasta 1834) que establecía que la exclusividad para imprimir se le debía conceder únicamente al autor y se le negaba a toda comunidad secular o regular. En 1764, el mismo rey estableció que los derechos otorgados a los autores no se extinguían con su muerte y pasaban a sus herederos (siempre que no fueran manos muertas)⁸⁶. Esas disposiciones estuvieron vigentes en

⁷⁹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 225; y Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 158 y 159.

⁸⁰ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 48.

⁸¹ De hecho, como nos comenta Patterson, lo que primordialmente buscaba el Estatuto de la Reina Ana era, más que proteger a los autores, destruir el monopolio de impresores y libreros, para lo cual la figura del autor fue sólo un arma. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 147.

⁸² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

Sin embargo, cabe destacar que la primera reclamación judicial con base al Estatuto de la Reina Ana fue hecha directamente para proteger los intereses de un *autor* en 1720: el caso *Burnet v. Chetwood*. Aunque el autor que más usó el Estatuto para defender sus derechos fue Alexander Pope, cuyo caso más destacado fue *Pope v. Curll*, en el que se determinó que los derechos de autor sobre una carta pertenecían al autor. *Cfr.* Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 49 y 59.

⁸³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

Con esta estrategia (derecho perpetuo transmitido del autor al editor) quedaba asegurado el monopolio de los editores. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 153.

⁸⁴ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226; y Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 1993, p. 160.

⁸⁵ Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 5.

⁸⁶ Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IIJ-UNAM, 1998, p. 5; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 32; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 44; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 23; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 930; Delgado Porras, Antonio, “Fundamento y evolución del derecho de autor” en VV.AA., *Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces federales mexicanos*, México, SCJN / SEP / OMPI, 1993, p. 66; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 163; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 13;

nuestro territorio, en tanto que en la Nueva España se aplicaba, con carácter subsidiario, el derecho castellano, cuando no existía una disposición especial de derecho indiano (normas dictadas para aplicarse en las colonias de América y Asia)⁸⁷; y como no hubo normas indianas en materia de protección a los autores, resultaban aplicables las normas en la materia dictadas por Carlos III.

De regreso en Inglaterra, luego de algunos intentos iniciales –en los que no se entró al fondo de la cuestión, como el caso *Tonson v. Collins*– para lograr un reconocimiento judicial del derecho de propiedad perpetuo concedido por el *common law* a los autores, en 1769 se logra judicialmente tal reconocimiento en el caso *Millar v. Taylor*, en el que el juez Lord Mansfield desestimó que el Estatuto de la Reina Ana hubiera reemplazado al *common law* y al derecho perpetuo que este otorgaba. Sin embargo, el juez Joseph Yates opinó lo contrario, argumentando que los autores tienen derecho a una recompensa, pero que esa recompensa no debía de ser infinita. El debate fue intenso en el tribunal, y terminó prevaleciendo la postura de Lord Mansfield, aunque se rompió la racha de 13 años en los que ese tribunal resolvió asuntos por unanimidad de votos⁸⁸. En cambio, los tribunales escoceses, en el caso *Hinton v. Donaldson*, resolvieron la misma cuestión en sentido contrario: los autores no tenían un derecho de propiedad, sino un mero privilegio⁸⁹.

Sin embargo, en Inglaterra la última palabra fue dicha en el asunto *Donaldson v. Becket* en 1774, el cual causó mucho interés, al grado de que el tribunal se encontraba abarrotado durante las audiencias. Después de un amplio y polémico debate, el tribunal llegó a la conclusión de que prevalecía el contenido del Estatuto de la Reina Ana, y por lo tanto, no había derechos de impresión y edición perpetuos⁹⁰. Así, quedó determinado que en Inglaterra los derechos de *impresión y edición* tenían una duración limitada⁹¹. A pesar de que el criterio que sostuvo en *Millar v Taylor* no prevaleció, resultan importantes las observaciones finales del juez Lord Mansfield en el caso *Donaldson v. Becket*, donde afirmó que

debemos tener el cuidado de evitar los dos extremos que son igualmente perjudiciales: por un lado, que a los hombres de talento que hayan empleado su tiempo al servicio de la comunidad no se los debería privar de sus méritos justos, ni la recompensa a su ingenio y laboriosidad; por otro, que al mundo no se le debe privar de mejoras, ni se debe frenar el avance de las letras⁹².

Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 30; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 5; Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 15.

⁸⁷ Margadant S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, 18a. ed., Esfinge, 2007, pp. 37, 59 y 60; y Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, México, 3a. ed., Porrúa, 1995, p. 57.

⁸⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 78 a 80; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 168 a 170; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 67, 78 y 79.

⁸⁹ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 67, 68 y 84.

⁹⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 80 y 81; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 97 a 103.

⁹¹ Destaca Patterson que el lenguaje utilizado en este caso fue sumamente cuidadoso, pues nunca se habló de *copyright* o derechos de autor, sino que el caso se limitó a analizar un tipo muy concreto de estos derechos: los derechos de impresión y edición; de manera que los derechos de los autores no se agotarían con esos derechos, y por lo tanto, el Estatuto de la Reina Ana dejaba intocados el resto de los derechos de los autores ubicados en el *common law*. Cfr. Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 173 a 175.

Bajo esa premisa, Patterson afirma que es posible en los países anglosajones extraer del *common law* derechos que protejan los intereses creativos de los autores, es decir, lo que conocemos como derechos morales. *Ibidem*, pp. 18, 220 y 227.

⁹² Citado por Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 81.

Esas palabras, dichas en 1774, las encontramos harto vigentes en la actualidad, pues buena parte del debate sobre los derechos de autor se está dando a partir de posturas absolutas o fundamentalistas, o, como dice Geller, entre *ciber-anarquistas* y *ciber-legalistas* (aconsejando tal jurista a los legisladores situarse en una posición intermedia)⁹³.

Pero continuemos con esta nota histórica. En Francia, luego de varios litigios (y de algunos tímidos intentos del Consejo de Estado), el rey Luis XVI intervino dictando en 1777 seis decretos reconociendo derechos a los autores (aunque también había prerrogativas para los editores)⁹⁴. Sin embargo, sólo una vez concluida la revolución francesa, se logró legislar plenamente a favor de los autores.

La Alemania del s. XVIII todavía no estaba unificada, lo que dificultaba aun más el establecimiento de una legislación sobre derechos de autor, la cual se convertía en necesaria ante el aumento en el número de lectores, el crecimiento del comercio de libros y la mayor piratería de literatura⁹⁵. Por ejemplo, uno de los más grandes escritores germanos de ese siglo, Gotthold Ephraim Lessing, ante la situación que vivían los escritores profesionales, le recomendó a su hermano no ser autor de tiempo completo para evitar morir de hambre, e incluso en su obra, *Live and let die*, se quejó de esta situación y expresó que los autores merecen una justa recompensa por su trabajo⁹⁶.

Ante esta situación, el filósofo, Immanuel Kant, publicó algunas reflexiones sobre lo incorrecto que resulta publicar obras sin autorización del autor⁹⁷. De acuerdo con Kant, los autores hablan a sus lectores a través de sus escritos, por lo que quienes publican los escritos no hablan por si mismos, sino completamente a nombre de los autores, de manera que sólo son unos meros intermediarios⁹⁸; por consiguiente, quien realiza actos a nombre de otra persona, pero sin su permiso, no tiene derecho a obtener ganancia alguna y debe entregar todas las ganancias al autor o a su representante (el editor autorizado por el autor)⁹⁹.

Otra idea destacada de Kant, es que concibió el derecho de los autores como un derecho inalienable (*ius personalissimum*) a hablar a través de intermediarios, de manera

⁹³ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 235 y 236.

⁹⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 32 y 33; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 43; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 38; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 159.

⁹⁵ Woodmansee, Martha, "The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author' ", *Eighteenth-century studies*, EUA, vol. 17, núm. 4, verano 1984, p. 437.

Sobre esta época nos explica la citada autora: "Piracy not only threatened the publishers of the period, then, it also added to the insecurity of serious writers by increasing the difficulties they already had getting their works into print", lo que ocasionó un serio debate sobre los derechos de autor: "Legitimate publishers' resentment of the book pirates and authors' resentment of both triggered an intense debate in which all manner of questions concerning the 'Book' were disputed". *Ibidem*, pp. 439 y 440.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 431, 436 y 437.

En *Live and let die*, Lessing cuestiona el por qué un escritor no puede obtener el mayor rédito posible al fruto de su imaginación, afirmando que si a los obreros se les paga por su esfuerzo, no comprende por qué no se le debe compensar a los que trabajan con las más nobles de sus facultades. *Cfr.* Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 34.

⁹⁷ Pozzo, Riccardo, "Immanuel Kant on intellectual property", *Trans/Form/Ação – Revista de filosofia*, Brasil, vol. 29, núm. 2, 2006, p. 12.

⁹⁸ Kant, Immanuel, "Of the injustice of counterfeiting books" en Kant, Immanuel, *Essays and treatises on moral, political, and various philosophical subjects*, trad. John Richardson, Londres, s/e, 1798, vol. I, pp. 229 y 230.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 228.

que nadie puede dar el mismo discurso al público más que en nombre del propio autor. De manera que si uno altera (resume, aumenta o retoca) un libro escrito por otro, es incorrecto hacerlo pasar con el nombre del autor original¹⁰⁰.

En los EUA comenzó a legislarse en materia de derechos de autor en la segunda mitad del s. XVIII¹⁰¹. Noah Webster, autor del libro *Grammatical institute of the English language* (el cual vendió más de 70 millones de ejemplares), temeroso de la posibilidad de que otros vendieran copias no autorizadas de su obra, acudió a cada uno de los 13 estados pidiendo que dictaran una ley general protegiendo a los autores o una ley especial protegiendo su obra en particular, idea que encontró apoyo en personas como Thomas Paine y Joel Barlow. La primera ley fue promulgada en 1783, y para 1786 sólo faltaba Delaware; dada la cercanía de fechas con la convención constitucional, fueron muchas voces (como la de James Madison) que se pronuncian por una regulación del *copyright* a nivel nacional, y el 5 de septiembre de 1787 (a menos de dos semanas que terminara la convención constitucional) propuso la inclusión en la Constitución de una cláusula que facultara al legislador federal para regular los derechos de autor y las patentes, disposición que fue aprobada por unanimidad y sin ser debatida, lo que Goldstein atribuye a que muchos delegados, como George Washington, habían estado presentes en los debates sobre las leyes locales de *copyright* en los estados¹⁰². En el texto de esta cláusula constitucional¹⁰³ (que es también el que se tomó como base para la cláusula constitucional de propiedad intelectual en México¹⁰⁴), refleja el debate inglés sobre la necesidad de un derecho no perpetuo, y expresamente establece la temporalidad del *copyright*.

En ejercicio de su facultad constitucional, el 31 de mayo de 1790 el Congreso de EUA dictó la primera ley federal de *copyright* de ese país, protegiendo libros, cartas y mapas¹⁰⁵ por 14 años. Como veremos más adelante, en este país también se llevó a tribunales la cuestión de un derecho perpetuo derivado del *common law* estatal, pues la Constitución sólo limitaba al Congreso federal en cuanto a la legislación, por lo que los

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰¹ Sobre las primeras leyes de *copyright* en EUA, *cf.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 183 y ss.

¹⁰² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 82.

Coincide con esta impresión Patterson, quien afirma: “It seems safe to assume that all the members of the Constitutional Convention were familiar with at least some of the state acts”. Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 194.

¹⁰³ En el texto de esa cláusula se faculta al congreso estadounidense: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” (sección I, a. 8, párrafo 8, de la constitución de ese país).

¹⁰⁴ El texto original (conforme a la versión de 1917) del a. 28 constitucional era: “En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por un solo Banco que controlará el Gobierno Federal y a los privilegios que por determinado tiempo se conceda a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”

Ahora el a. 28 constitucional es más largo, y la cláusula constitucional de propiedad intelectual está en el párrafo noveno de ese artículo, conforme al siguiente texto: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

¹⁰⁵ Esta inclusión de los mapas, nos hace ver que el *copyright* protegería no sólo creaciones artísticas, sino también creaciones con fin utilitario.

primeros juicios sobre derechos de autor fueron, preponderantemente, debates sobre el federalismo¹⁰⁶.

En Francia, una vez concluida la revolución, se dictaron dos leyes en la materia por la Asamblea Nacional el 13 de enero de 1791 y 19 de julio de 1793, mismas que protegían no sólo las obras escritas, sino también las ejecuciones musicales en vivo, y en general, cualquier producción de la mente que perteneciera a las bellas artes¹⁰⁷. El aspecto más destacado de estas leyes es que, a diferencia de su predecesora inglesa, su propósito primordial no era destruir un poder monopólico, sino *proteger a los autores* como teleología inmediata¹⁰⁸.

En 1791, un discípulo de Kant, Johann Gottlieb Fichte, publica su ensayo *Proof of the illegality of reprinting: a rationale and a parable*¹⁰⁹, en donde establece que lo que protegen los derechos de autor no son las ideas *per se*, sino la forma única en que el autor elige expresar esas ideas; las ideas pertenecen a todos, su forma de expresión sólo al autor¹¹⁰. Como se verá más adelante en este capítulo (apartado 3.5), la no protección de las ideas se ha convertido en una regla básica en materia de derechos de autor, y ha repercutido directamente en nuestra legislación vigente¹¹¹.

Mientras tanto, en Inglaterra seguía avanzándose en la protección a los autores, en este caso escultóricos, con la promulgación en 1798 de la *Sculpture Copyright Act*, y en 1833 dictaría la *Dramatic Copyright Act* para protección de las obras teatrales¹¹². Por su parte, la República de Cisalpina (hoy parte de Italia) publica en 1801 una ley en la que establece que las producciones de la inteligencia son la más preciosa de las propiedades y comprenden toda clase de obras literarias y artísticas¹¹³. Esas ideas probablemente están inspiradas en las palabras de Le Chapelier a favor de la legislación autoral francesa.

¹⁰⁶ De Cock Buning, Madeleine, *op. cit.*, nota 49, p. 49; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 82 y 83; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 197 y 198.

Como se dijo en el capítulo primero de la presente obra (*vid.* nota 539), unos de los principales casos de derechos de autor resueltos por la SCJN fue también sobre un tópico de federalismo: determinar si el Congreso de la Unión estaba facultado para legislar sobre derechos de autor o si, por el contrario, esa facultad pertenecía a las entidades federativas.

¹⁰⁷ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 160; Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 12; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 86, p. 67; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 34; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 11; Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, p. 181; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 43 y 44; Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 57; Varela, José María, *op. cit.*, nota 39, p. 19.

¹⁰⁸ Son famosas las palabras del diputado Jean Le Chapelier, quien afirmó: “La más sagrada y personal de todas las propiedades, es el fruto del trabajo del pensamiento de un escritor (...) así que es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten de los beneficios de su trabajo, es esencial que durante su vida y algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio, sin su autorización”. Texto obtenido en Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 11.

¹⁰⁹ Consultado en www.case.edu/affil/sce/authorship/syllabus.html, septiembre de 2007, en donde se encuentra una traducción al inglés hecha por Martha Woodmansee.

¹¹⁰ Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 35. Aunque cabe destacar que la no protección de las ideas ya había sido argumentada por el abogado John Dalrymple en el caso *Donaldson v. Beckett*. *Cfr.* Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 4.

¹¹¹ *Vid.* fr. I y II del a. 14 de la LFDA.

¹¹² Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226.

¹¹³ Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 160.

Por lo que se refiere a las tierras germanas, a inicios del s. XIX Hegel también estudió la protección jurídica a los autores, enmarcándola en su teoría de la propiedad¹¹⁴. En este sentido, y siempre bajo el respeto a su idea de la libertad, el filósofo alemán explica cómo se adquieren derechos sobre las creaciones del intelecto:

Aptitudes espirituales, ciencias, artes, hasta algo de lo religioso (prédicas, misas, oraciones, bendiciones a las cosas sacras), invenciones, etcétera, vienen a ser objetos del contrato, equiparados a las cosas reconocidas como tales, del mismo modo que en la compra y en la venta. Se puede reclamar si el artista, el docto, etc. están en la posesión jurídica de su arte, de su ciencia, de su capacidad para decir una plática, leer una misa, etc., esto es, si tales objetos son cosas. Se dudaría llamar cosas a tales disposiciones, conocimientos y capacidad; y, ya que, sobre tal posesión por un lado se contrata y se negocia como sobre cosas, y por otro, constituyen algo interno y espiritual, el entendimiento puede quedar en duda sobre la calificación jurídica de lo mismo (...)

Conocimientos, ciencias, aptitudes, etcétera son propios, ciertamente, del Espíritu libre y algo interior al mismo y no exterior; también, tanto más puede el Espíritu darles con la exteriorización, una existencia extrínseca y enajenarlos, siendo puestos bajo determinación de cosas. Por consiguiente, tales disposiciones no son desde un comienzo cosa inmediata, pero se hacen así sólo por medio del Espíritu que degrada su interioridad a la contigüidad y a la exterioridad¹¹⁵.

De esta forma, para Hegel, una creación intelectual se convierte en objeto de propiedad cuando, libremente, se decide exteriorizarla. Asimismo, el pensador alemán distingue entre la posibilidad de enajenar una copia de la obra, al tiempo que el escritor e inventor pueden decidir conservar la propiedad de la creación¹¹⁶.

A propósito del tema del plagio (el cual deja principalmente en el plano de la honestidad, no en el jurídico), Hegel se cuestiona acerca de las obras derivadas, concluyendo que la transformación de obras preexistentes genera nuevos derechos para quien hace esa aportación original, pero el primer creador puede reclamar derechos sobre la nueva producción en algunos casos, pues si no “el provecho que le prometía su obra o invención queda fácilmente anulado o bien es dañado o arruinado totalmente”¹¹⁷.

Hegel también justificó la temporalidad de los derechos y la figura del dominio público, afirmando que hay una especie de prescripción del derecho de propiedad de las familias de los escritores, en tanto las obras deben pasar a una propiedad universal¹¹⁸.

En el México recién independizado, la Constitución Federal de 1824 estableció en su a. 50, fr. I, que era facultad del Congreso General promover la ilustración mediante el aseguramiento, por tiempo limitado, de “derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras”¹¹⁹. Así, podemos ver que nuestra primera Constitución ya contemplaba la versión moderna de los derechos de autor, pues, en primer lugar, señalaba claramente

¹¹⁴ Stengel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía” (trad. Paola Spada), *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 94.

¹¹⁵ Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero, México, 2a. ed., Casa Juan Pablos, 2004, p. 70 (apartado 43).

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 87 y 88 (apartado 69).

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 88 y 89 (apartado 69).

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 84 (apartado 64).

¹¹⁹ Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 206; y Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 38.

Por su parte, Farell Cubillas nos refiere que ninguna otra constitución mexicana del s. XIX (ni centralista, ni federalista) volvió a mencionar los derechos de los autores. *Cfr.* Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, p. 13.

que tales prerrogativas se concederían a los autores (y no a otras personas, como impresores o inversionistas) sobre sus obras; y, en segundo lugar, que esas prerrogativas consistirían en derechos exclusivos de duración limitada (lo que implicaba el reconocimiento constitucional del dominio público). Desde nuestro punto de vista, consideramos más clara y técnica esa redacción de la Constitución de 1824, que la vigente del párrafo noveno del a. 28 constitucional, que habla anacrónicamente de “privilegios” y que no menciona expresamente la función de “promover la ilustración”.

Se empezó a dar, principalmente en Europa, un crecimiento de las industrias culturales y de los mercados masivos, cuestión que comenzó a generar ciertos temores en los autores, los cuales fueron apaciguados con el instituto de los llamados “derechos morales”¹²⁰. Los derechos morales tuvieron su origen en la jurisprudencia francesa del s. XIX¹²¹, y el primer caso que se conoce sobre este particular tipo de derechos de autor data de 1814, versando sobre la prohibición de alterar una obra¹²². Otro de los primeros casos fue el asunto *Vergne v. Créanciers Vergne* de 1828, resuelto por un tribunal de Burdeos¹²³. Más adelante mencionaremos otros destacados momentos de la evolución del derecho moral

En 1834, y luego de varios años de litigio, la Suprema Corte de los EUA resolvió el caso *Wheaton v. Peters*, en el que se controvertió la ley federal de *copyright* con base a un alegado derecho de autor derivado del *common law* estatal. Sin embargo, la Corte determinó que una vez publicada la obra, la ley federal remplazaba a cualquier derecho derivado del *common law*, lo que ha sido interpretado como una victoria del poder federal sobre el estatal¹²⁴.

Un caso muy destacado de la jurisdicción de EUA, pero no muy conocido, es *Emerson v. Davies* de 1845, en el que se resolvió que los derechos de autor no protegen las ideas, sino sólo la forma de expresión¹²⁵. Hasta donde tenemos conocimiento, este es el primer caso en que un tribunal se pronuncia sobre la no protección de las ideas; sin embargo, desconocemos si esto es consecuencia de la influencia de Fichte o de algún otro autor.

Una importante regulación autoral surgió en el año 1846 en México: el Decreto sobre Propiedad Literaria. Esta es la primera regulación de los derechos de autor propiamente mexicana, y en ella se concedían, como regla general, derechos a los autores durante toda su vida y a sus sucesores *mortis causa* hasta por 30 años¹²⁶. Un punto destacado de esta

¹²⁰ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 228 y 229.

¹²¹ Halpern, Sheldon W., *The law of defamation, privacy, publicity, and moral right. Cases and materials on protection of personality interests*, Ohio, 4a. ed., JPM Books, 2000, p. 635; Cámara Águila, 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. 4; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 232.

¹²² Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 4.

¹²³ Gunlicks, Michael B., “A balance of interests: the concordance of copyright law and moral rights in the worldwide economy”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XI, libro 3, 2001, p. 615; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 4.

¹²⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 83 y 84.

¹²⁵ Samuelson, Pamela, “A turning point in copyright: Baker v. Selden and its legacy”, *Papers presented in the Center for the Study of Law and Society bag lunch speaker series*, Universidad de California, Berkeley, documento 23, 2004, p. 50.

¹²⁶ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, pp. 13 y 14; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 930 y 931; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, pp. 14 y 15; y Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 206.

normativa es que otorgaba derechos a traductores y anotadores e, incluso, se tiene noticia que bajo su vigencia se dio la primera adquisición de derechos de autor sobre una traducción en nuestro país: la que hizo Rafael Cancino sobre el libro *Teneduría de libros sin maestro o curso completo de contencioso comercial*. Asimismo, se reconoció el derecho de los autores de difundir sus obras en forma anónima, pero conservando derechos sobre sus obras mediante la inclusión de su verdadero nombre en un pliego sellado¹²⁷, lo que es un importante avance en materia de derechos morales, en particular, respecto al llamado “derecho de paternidad”.

En 1870 se dicta una nueva ley de *copyright* en EUA, en la que expresamente se señala el derecho a autorizar las traducciones de las obras¹²⁸. Mientras que en el mismo año nuestro primer Código Civil, bajo la influencia de la legislación portuguesa, reguló las “propiedades literaria, dramática y artística”, asimilándolas a la propiedad común, imponiendo el registro obligatorio, y estableciendo como regla general, una duración perpetua del derecho¹²⁹.

Mientras tanto, en el año de 1872, el jurista francés André Morillot publica su ensayo *De la personnalité du droit de copie*, en donde bautiza con la expresión *droit moral* a los derechos de autor de contenido no económico¹³⁰. A la postre, el término “derecho moral” tomará carta de naturalización en el lenguaje jurídico del mundo occidental para referirse a ciertas facultades personalísimas de los autores.

En 1879 la Suprema Corte de EUA, en el caso *Baker v. Selden* se pronuncia en el sentido de que los derechos de autor no protegen las ideas contenidas en las obras, por lo que dichas ideas son libres de ser usadas y copiadas¹³¹. Este será uno de los casos que mayor impacto ha tenido en ese país respecto de la dicotomía “ideas/expresión”, tema sobre el que profundizamos más adelante en el presente capítulo.

Un caso bastante importante para la evolución de los derechos de autor y para delinear el concepto de “originalidad” fue *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, resuelto en 1884 por la Suprema Corte de EUA. En este asunto se debatió sobre si una fotografía de Oscar Wilde podía considerarse protegida por derechos de autor, a lo que la Corte resolvió que sí, en tanto era una creación original, ya que el fotógrafo, Napoleón Sarony, dispuso la iluminación, ornamentación, accesorios e indicó a Wilde cómo posar, lo que es una manifestación de creatividad¹³².

En las dos últimas décadas del s. XIX se fue consolidando la jurisprudencia francesa sobre derechos morales, destacando casos como *Michel Masson v. Gaudichot*, *Lecocq v. Dame Cinquin*, y *William Eden v. Whistler*, entre otros¹³³.

¹²⁷ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 39 a 41; y Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 932.

¹²⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 86.

¹²⁹ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 933; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 16; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 42 y 43.

¹³⁰ Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 511; Cotter, Thomas F., “Pragmatism, economics, and the droit moral”, *North Carolina law review*, EUA, vol. 76, núm. 1, 1997, p. 12; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 7.

¹³¹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 125, p. 27.

¹³² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 86 y 87; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 135 y 136.

¹³³ Suhl, Natalie C., “Moral rights protection in the United States under the Berne Convention: a fictional work?”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XII, libro 4, 2002, p. 1210; Rams Albesa, Joaquín, “La génesis de los derechos morales de los creadores” en Rogel

En 1884 se promulga en México un nuevo Código Civil, el cual seguía, en materia de derechos de autor, los lineamientos del código de 1870¹³⁴.

A lo largo del s. XIX, como consecuencia de la internacionalización de la piratería, diversos países suscriben tratados internacionales de protección recíproca de sus obras¹³⁵, lo que en Europa lleva a la suscripción del Convenio de Berna en 1886¹³⁶, el cual nacería como un tratado multilateral de carácter regional¹³⁷. Esta convención fue fruto de los esfuerzos de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) y de su entonces presidente, Víctor Hugo¹³⁸, y la postre llegaría a ser (y es hasta la fecha) el tratado más importante en materia de derechos de autor.

Por su parte, los países latinoamericanos generarían en 1889 su primer convenio multilateral en la materia: el Tratado de Montevideo. Esto se debió a la negativa de tales países de incorporarse al Convenio de Berna, entre otras razones, porque este último acuerdo era visto como un tratado europeo que concedería mayores ventajas a los países del viejo continente respecto de los americanos, quienes se encontraban en una diferente situación respecto a la explotación de las obras y quienes apenas estaban consolidando su independencia en relación con la colonización europea que sufrieron¹³⁹.

Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 24; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 7; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 232.

¹³⁴ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 933; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 21; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6.

¹³⁵ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 58.

En efecto, como nos comenta Geller, Inglaterra y Francia se convirtieron en potencias literarias, y países como EUA y Bélgica se aprovecharon de la situación de que las obras extranjeras no solían protegerse en las legislaciones autorales nacionales, para crear un mercado internacional de piratería. *Cfr.* Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

Gantz y Rochester nos explican que, por cerca de 100 años, EUA fue el principal país pirata, oponiéndose a un sistema internacional de protección a los derechos de autor y tutelando sólo las obras de sus creadores; esto llevó a que autores ingleses como Walter Scott o Charles Dickens (en 1843, su obra *Un cuento de navidad* se vendía en \$2.50 en Londres, pero la edición pirata de EUA sólo costaba 6 centavos) se quejaron de esa situación ante el Congreso de EUA, institución que tuvo oídos sordos. Sin embargo, la postura de su país también afectó a los autores estadounidenses, Mark Twain o Washington Irving, quienes necesitaban la protección de sus obras en el extranjero (por ejemplo, en 1876 *Las aventuras de Tom Sawyer* se vendía en \$2.75 en EUA, pero a sólo 50 centavos en Canadá). *Cfr.* Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, pp. 36 a 41.

También sobre la posición de EUA, *cfr.* Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 40.

Sobre los tratados bilaterales, *vid.* Obón León, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales” en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis / BMA, 1998, p. 4.

¹³⁶ Cornish, William R., “Authors in law”, *The modern law review*, Londres, vol. 58, núm. 1, enero 1995, p. 2; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 948; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 621; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 7.

¹³⁷ Si bien entre los 10 firmantes originales del Convenio de Berna estaban Haití, Liberia y Túnez, estos países se encontraban bajo influencia europea y servían para fortalecer la posición de Francia. *Cfr.* Uchtenhagen, Ulrich, “Acerca de la historia de las convenciones de derecho de autor latinoamericanas” en VV.AA., *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia / Dirección Nacional de Derecho de Autor, 1998, p. 80.

¹³⁸ Aunque cabe destacar que, además de Francia, Inglaterra fue el otro gran motor del Convenio de Berna, pues eran los dos países más afectados por la piratería de EUA y Bélgica. *Cfr.* Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 234.

¹³⁹ Uchtenhagen, Ulrich, *op. cit.*, nota 137, pp. 73, 75 y 77.

Cfr. también, Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 5.

En 1903 la Suprema Corte de EUA resuelve otro caso relevante sobre el objeto de los derechos de autor: *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* La controversia era entre dos impresores, en donde el actor alegó violación a su *copyright* por parte del demandado al copiar tres carteles que anunciaban un circo. Este fue el primer caso sobre *copyright* en la Suprema Corte de uno de los más destacados y progresistas jueces estadounidenses: Oliver Wendel Holmes Jr., quien, basado en la noción de “personalidad”, señaló que un dibujo, aunque se use en un anuncio, no deja de ser un dibujo y, por consiguiente, no deja de estar protegido por el *copyright*¹⁴⁰. En particular, el juez Holmes afirmó lo siguiente:

Sería peligroso si las personas formadas exclusivamente en leyes se convirtieran en los jueces en última instancia del valor de las ilustraciones pictóricas más allá de los límites más obvios y limitados. De un extremo, algunas obras de genios seguramente no serían apreciadas. Su propia novedad las haría repulsivas hasta que el público hubiera aprendido un nuevo lenguaje utilizado por el autor. Por ejemplo, se podría poner en duda si se les hubiera concedido protección a los dibujos de Goya o a las primeras pinturas de Monet cuando se vieron por primera vez¹⁴¹.

Después de casi 100 años sin que ningún texto constitucional mexicano hiciera referencia a los derechos de autor, nuestra Constitución de 1917 (con un lenguaje menos técnico) señaló que no habría monopolios, estancos, prohibiciones de ninguna clase, ni prohibiciones a títulos de protección a la industria, con excepción de los “privilegios” que por cierto tiempo se concedieran a autores y artistas para la reproducción de sus obras¹⁴².

En 1917 la Suprema Corte de EUA dicta otra importante resolución a propósito de una reclamación por el uso de música en un hotel, y en la que el juez Holmes explicó claramente la noción de “lucro indirecto”¹⁴³:

Las representaciones de los demandados no son gratuitas sino que forman parte de un total por el cual el público paga, y el hecho de que el precio total se atribuya a un concepto en concreto que se espera que los presentes soliciten, no es importante. Es verdad que se podría conseguir más barata en otro establecimiento. El objeto es una comida en un ambiente que constituye un placer de lujo, que no se consigue de una comida en silencio (...). Si la música no consiguiera beneficios se dejaría de tocar. Si se consiguen beneficios éstos proceden de los bolsillos del público. No importa si se consiguen los beneficios o no, el propósito de utilizarlo es el lucro y con eso basta¹⁴⁴.

Un momento trascendental en la evolución del derecho autoral se dio el 20 de mayo de 1920, cuando en Francia aparece una ley que regula el derecho de reventa sobre obras de arte (*droit de suite*)¹⁴⁵, que a la postre se convertirá en uno de los derechos de remuneración con mayor acogida en las leyes de derechos de autor a lo largo del mundo.

¹⁴⁰ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 137; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 87 y 88.

¹⁴¹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 88.

Estas ideas las podemos encontrar en el a. 5° de nuestra LFDA, que adoptando la teoría francesa de la unidad del arte, señala que las obras se protegen con independencia de su mérito, destino o modo de expresión.

¹⁴² Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 934; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 45.

¹⁴³ Esta figura puede encontrarse en el a. 11 del Reglamento de la LFDA, cuyo segundo párrafo señala: “Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderantemente desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate”.

¹⁴⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 93.

¹⁴⁵ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, pp. 181 y 182.

Regresando a México, el Código Civil de 1928 significó un gran avance en materia de derechos de autor, en cuanto rompe con los anteriores códigos civiles dejando de asimilar los derechos de autor al derecho real de propiedad¹⁴⁶. Asimismo, en 1939 se publica el Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor y Editor, el cual complementó al Código Civil, y reguló por primera vez lo que se llamó “pequeño derecho de autor”¹⁴⁷ y que más tarde evolucionaría en México al derecho de regalías por comunicación pública.

Los derechos morales se internacionalizan el 1928 cuando, en la revisión de Roma, se añade el a. 6 Bis al Convenio de Berna, dispositivo que contempla las facultades de paternidad e integridad, y las separa claramente de los derechos de explotación¹⁴⁸.

Luego de varios tratados de menor trascendencia¹⁴⁹, el sistema interamericano de derechos de autor se consolida en 1946 con la Convención de Washington, la cual reúne por primera vez a Argentina, Brasil y México, aunque no logró incorporar a EUA¹⁵⁰.

En 1947 se aprueba en nuestro país la Ley Federal sobre el Derecho de Autor bajo el impulso de Jaime Torres Bodet¹⁵¹, la cual es nuestra primera ley autónoma sobre la materia, misma que derogó el capítulo de derechos autor del Código Civil de 1928¹⁵². No resulta ninguna sorpresa que esta ley se haya originado ante la necesidad de nuestro país de implementar la Convención de Washington¹⁵³.

En 1948 la Asamblea General de ONU produce uno de los instrumentos más importantes en materia de derechos fundamentales: la DUDH, en cuyo a. 27.2 se establece el derecho de toda persona de ser protegida en sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones de que sea autora. En términos semejantes se pronunció la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, adoptada en el mismo año en Bogotá¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 934 y 935; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 19; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, México, 26a. ed., Porrúa, 1995, t. II, p. 175; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

¹⁴⁷ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 49 y 50.

¹⁴⁸ Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 9; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 641 y 642.

¹⁴⁹ Se trata de las convenciones de México (1902), de Río de Janeiro (1906), de Buenos Aires (1910), de Caracas (1911) y de La Habana (1928).

¹⁵⁰ Uchtenhagen, Ulrich, *op. cit.*, nota 137, pp. 101 y 102.

¹⁵¹ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 935; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 51; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 31.

Cabe destacar que esta ley, aunque aprobada en 1947, se publicó en el DOF hasta enero de 1948, por lo que indistintamente se hace referencia a ella como la ley de 1947 o de 1948.

¹⁵² Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 935; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 21; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, pp. 6 y 7.

¹⁵³ La exposición de motivos de dicho ordenamiento legal se menciona expresamente la necesidad de compaginar “nuestro derecho interno al instrumento internacional mencionado antes”, y que el propósito de dicha legislación fue “asegurar las mejores condiciones de protección a los autores, en sus intereses morales y materiales, y al mismo tiempo asegurar una amplia difusión de la cultura, de manera que ambas finalidades se combinen en todo su texto”. Asimismo, un aspecto interesante de dicha exposición de motivos es que afirma que “la evolución del derecho de autor acusa un marcado paralelismo con el derecho obrero, pues ambos tienen su origen en el trabajo y en el aprovechamiento que otras personas o empresas hacen de él”; aquí podemos encontrar las ideas que seminalmente fueron expresadas por Gotthold Ephraim Lessing, y posteriormente desarrolladas por juristas como Eduardo Piolla Caselli.

¹⁵⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 38; y Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 9.

Ante la necesidad de crear un puente entre los sistemas americano y europeo de protección internacional de los derechos de autor, y además, de incorporar a los EUA al sistema internacional, se suscribe en 1952 la Convención Universal sobre el Derecho de Autor o Convenio de Ginebra, promovido por la UNESCO¹⁵⁵. Este tratado cumplió su propósito inicial, aunque su importancia fue minando ante la creciente fortaleza que adquirió el Convenio de Berna en la segunda mitad del s. XX.

Posteriormente, se promulgaría en México la Ley Federal del Derecho de Autor de 1956 (con cambios substanciales en 1963, incluyendo su título, el cual quedaría como “Ley Federal de Derechos de Autor”)¹⁵⁶. En 1967 nuestro país suscribe el Convenio de Berna, el cual ya contemplaba un alto grado de protección a los autores¹⁵⁷.

En 1966, siguiendo los lineamientos establecidos en la DUDH, los estados suscriptores del PIDESC se comprometieron, en el a. 15.1.c de ese tratado, a reconocer el derecho de toda persona de beneficiarse de la protección de los intereses materiales y morales por las producciones de que sea autora¹⁵⁸. En los mismos términos se pactó el texto del Protocolo de San Salvador en 1988 (a. 14.1.c).

Durante la década de los 70, 80 y 90 del siglo pasado, diversos países latinoamericanos (e incluso de otras latitudes) se adhieren al Convenio de Berna, convirtiéndolo en un verdadero tratado universal y en el acuerdo más importante de la materia. Después de muchísima resistencia, en 1988 EUA se adhiere a Berna¹⁵⁹.

Igualmente, por esa época la propiedad intelectual (incluyendo los derechos de autor) se fue introduciendo al debate sobre comercio internacional, primero en la Rueda de Tokio del GATT (a instancias de EUA), y posteriormente, con mas fuerza, en la Ronda de Uruguay (que, como se sabe, desembocaría en la creación de la OMC)¹⁶⁰.

Como consecuencia de este fenómeno, en 1994 por virtud del Acuerdo de Marrakech se constituyó la OMC, y contempla como anexo 1 C un tratado conocido como ADPIC (o TRIPS, por sus siglas en inglés), el cual es un convenio sobre cuestiones de propiedad

¹⁵⁵ Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos” en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 150.

¹⁵⁶ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 936 y 937; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, pp. 28 y 38; Morfin Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 209; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 54 y 57.

¹⁵⁷ Para el año en que México se incorporó a la Unión de Berna, el referido tratado ya contemplaba la obligación de proteger derechos morales, la regla de protección automática y libre de formalidades, una duración mínima del derecho de explotación de toda la vida del autor y por lo menos 50 años después de su muerte, etc.

¹⁵⁸ Miserachs i Sala, Pau, *Diccionario internacional del derecho de autor*, Barcelona, 2a. ed., Fausí, 1988, p. 21; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 38.

¹⁵⁹ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 60.

¹⁶⁰ Correa, Carlos, *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 13 a 20; Marín López, Juan José, “Obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual y espacios para diseños de políticas nacionales en América Latina”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LVI, núm. 246, julio-diciembre 2006, p. 224; Palacios López, Marco Antonio, “Los derechos de propiedad intelectual y las relaciones comerciales internacionales: generalidades sobre los antecedentes del acuerdo sobre los ADPIC y la evolución del mismo después del periodo de transición” en Antequera Hernández, Ricardo Alberto, y Palacios López, Marco Antonio (coords.), *Propiedad intelectual. Temas relevantes en el escenario internacional*, Guatemala, SIECA / USAID, 2000, p. 43.

intelectual vinculadas con el comercio y es de observancia obligatoria para todos los miembros de la OMC¹⁶¹.

Empero, en materia de derechos de autor, el ADPIC se apoya fuertemente en el Convenio de Berna, primero porque establece una cláusula de salvaguarda por la que el primero no puede ser interpretado en perjuicio de las obligaciones derivadas del segundo¹⁶², y además, porque el propio ADPIC obliga a sus miembros a cumplir con las disposiciones substantivas del Convenio de Berna¹⁶³. Sin embargo, a diferencia de Berna (que no contempla ningún sistema de solución de controversias), cualquier violación al ADPIC (o a la parte substantiva del Convenio de Berna, a través del ADPIC) puede someterse al sistema de solución de controversias de la OMC¹⁶⁴.

Un fenómeno interesante que se dio en este contexto de vinculación internacional entre comercio y propiedad intelectual, es que países que antes tenían economía planificada, como China, tuvieron que ajustarse a esos estándares internacionales y proteger la propiedad intelectual¹⁶⁵.

De igual forma, e inspirado en los trabajos preparatorios del ADPIC¹⁶⁶, en 1992 México, EUA y Canadá suscribieron el TLCAN, el cual es el primer tratado de comercio internacional en incluir un capítulo sobre propiedad intelectual. Esto inició una tendencia mundial de incluir capítulos de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio.

Con el propósito de responder a los nuevos retos planteados por la tecnología desde la última revisión del Convenio de Berna (París, 1971), la OMPI organizó una conferencia diplomática que culminó con la adopción del TODA en diciembre de 1996¹⁶⁷. Este tratado pretendió resolver la problemática que generaba Internet, por lo que estableció reglas sobre temas como la comunicación al público y las medidas tecnológicas de protección. En el capítulo quinto de la presente investigación se profundiza sobre dicho tratado.

¹⁶¹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 29 a 33; y Palacios López, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 160, p. 40.

¹⁶² A. 2.2 del ADPIC.

¹⁶³ A. 9.1 del ADPIC. Aunque cabe señalar que esta disposición no genera derechos y obligaciones en materia de derechos morales (a. 6 Bis del Convenio de Berna).

¹⁶⁴ Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004, p. 32.

¹⁶⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 161, p. 30.

En este sentido, Ganea explica que a finales del s. XX, la inadecuada protección a los derechos de autor en China, fue un tema mayor en las relaciones comerciales entre este país y los EUA, con conflictos siempre resueltos en el último minuto antes de que se impusieran sanciones a la nación asiática. *Cfr.* Ganea, Peter, "Copyright" en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, p. 205.

De hecho, fue en 1990 cuando China publicó su primera ley de derecho autoral desde que aboliera, en 1949, su legislación anterior en la materia, y no fue sino hasta 1992 que tal país se adhirió al Convenio de Berna y a la Convención Universal sobre el Derecho de Autor. *Ibidem*, pp. 207, 210 y 211.

Sobre la protección en este país, *cfr.* en general Cheung, Gordon C.K., *Intellectual property rights in China*, Nueva York, Routledge, 2009, pp. 66 y ss.

¹⁶⁶ Explica Goldstein que las negociaciones del TLCAN iniciaron después de las del ADPIC, pero terminaron un año antes, por lo que el primer tratado toma prestado el lenguaje utilizado en el segundo. *Vid.* Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 48.

Cfr. también Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 161, p. 35.

¹⁶⁷ Esteve González, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Granada, Comares, 2006, p. 30; Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 161, p. 192; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 120; Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 8.

El 24 de diciembre de 1996 se publica en México la LFDA¹⁶⁸, entrando en vigor el 25 de marzo de 1997. Esta es la legislación que actualmente rige la materia en nuestro país, y será el instrumento legislativo preponderante que utilizaremos para analizar el tema de la presente investigación.

Poco después, en 1998, el Congreso de los EUA promulga la altamente controvertida *Digital Millenium Copyright Act*, ordenamiento que ha recibido serias críticas (en especial por lo que hace a las medidas tecnológicas de protección) y ha generado un intenso debate sobre los derechos de autor y su lugar en la era de las transmisiones digitales¹⁶⁹. Mientras que en 2001 la Unión Europea dicta la Directiva de la Sociedad de la Información, la cual incluye cuestiones como las medidas tecnológicas de protección y los derechos aplicables a las transmisiones de obras por Internet¹⁷⁰.

En 2005, en el seno de la UNESCO, diversos países adoptaron la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que si bien no es un tratado sobre derechos de autor (como tampoco lo es el TLCAN, por ejemplo), tiene un impacto en esta materia. De entrada, en su preámbulo se reconoce “la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural”, además de que su objeto son bienes culturales¹⁷¹ (muchos de los cuales se tutelan por derechos de autor) respecto de los que hay disposiciones relativas a su protección¹⁷², así como a su acceso equitativo¹⁷³. En particular, el a. 7.1.a de este tratado establece que las partes procurarán en su territorio un entorno que incite a las personas a crear (y a nuestro entender, los derechos de autor tienen mucho que ver en la existencia de ese entorno), mientras que el diverso 7.2 se refiere a los reconocimientos que merecen los creadores¹⁷⁴.

¹⁶⁸ El principal objetivo de esta ley es, según su exposición de motivos, “la protección de los derechos de los autores de toda obra del espíritu y del ingenio humanos, de modo que se mantenga firme la salvaguarda del acervo cultural de la nación y se estimule la creatividad del pueblo en su conformación y diversidad cultural”.

¹⁶⁹ Clark, Drew, “How copyright became controversial” en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 147.

¹⁷⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22 de junio de 2001.

¹⁷¹ Incluso, en su a. 4.4 se reconoce que, además de su valor comercial, las actividades, bienes y servicios culturales tienen un valor en sí mismos. Con esto se matiza la visión que comenzaba a acentuarse de considerar a los bienes culturales como meras mercaderías; pues si bien se les puede considerar objeto de comercio, eso no los hace perder su dimensión cultural o intelectual.

¹⁷² Por ejemplo, se reconoce que los estados parte pueden tomar como medida para promover y proteger la diversidad de las expresiones culturales, el respaldo y apoyo a los artistas y demás personas que participen en la *creación* de expresiones culturales (a. 6.2.g).

¹⁷³ A guisa de ejemplo, *cfr.* su a. 7.1.b.

¹⁷⁴ El borrador original de este tratado (de julio de 2004) mencionaba expresamente a la llamada propiedad intelectual y a los convenios internacionales sobre esa materia, pero en las reuniones intergubernamentales de septiembre de 2004 y febrero de 2005 se apuntó que esas menciones generaban el riesgo de debilitar los actuales estándares de protección sobre el particular, por lo que en junio de 2005 se decidió suprimir las referencias a la propiedad intelectual, para únicamente incluir una declaración expresa sobre la importancia de tales derechos para la diversidad cultural. *Cfr.* Desurmont, Thierry, “Considerations on the relationship between the Convention on the Protection and Promotion of Diversity of Cultural Expressions and the protection of authors’ rights’ ” (trad. Margaret Platt-Hommel), *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2006, pp. 3 y 4.

Este tratado tiene como propósito proteger la diversidad cultural, ante el riesgo de aumento de la hegemonía cultural (principalmente de EUA), derivada de la influencia del liberalismo económico en el

Una vez finalizada esta nota histórica, corresponde pasar al estudio de las principales corrientes de regulación que hoy existen sobre la materia, lo que nos clarificará conceptos y evitará que caigamos en errores, tan comunes en el debate actual de derechos de autor. Con esto se demostrará que la ideosincracia del sistema jurídico mexicano es muy diferente a la de EUA, y por eso, hay que ser muy cuidadosos al pretender adoptar ciertas posturas que no encuentran sustento aquí.

2.- *Sistema continental y sistema del copyright.*

Hoy por hoy existen dos grandes corrientes jurídicas de protección autoral: la corriente anglosajona o sistema del *copyright*, y la corriente europea continental o sistema del *droit d'auteur*¹⁷⁵. Ambos sistemas toman su nombre de la denominación que se le dio a la materia en sus países de origen: Inglaterra y Francia, respectivamente.

La corriente del *copyright* está integrada por el Reino Unido y los países que fueron colonias inglesas o forman parte de la *Commonwealth* británica, como por ejemplo, EUA, Australia y Canadá. Mientras que a la corriente del *droit d'auteur* pertenecen los países neorromanos, principalmente de la Europa continental, América Latina, África y Asia, como por ejemplo, Alemania, España, Italia, Francia, Portugal, Austria, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Chile, Perú, y, desde luego, México¹⁷⁶.

Entre ambas corrientes existen diferencias que han sido la base para distinguirlas. Aunque tales divergencias han venido desapareciendo o diluyéndose gradualmente como consecuencia de la influencia recíproca entre ambas corrientes y de los procesos de armonización internacional, la verdad es que en la actualidad todavía puede hablarse de dos

comercio internacional. De hecho, este tratado fue fuertemente apoyado por autores y por países de larga tradición autoralista, como Francia. *Cfr. Ibidem*, pp. 1 y 3.

¹⁷⁵ Una tercera corriente en la materia fue el actualmente –prácticamente– extinto sistema socialista, mismo que fue adoptado en la URSS, en Europa del este y países con esa influencia política. Los intereses de los autores solían ceder frente los intereses de la sociedad en su conjunto en caso de conflicto, y la explotación de las obras se hacía normalmente a través de empresas controladas por el Estado. Terminada su etapa socialista, esos países se han sumado a la corriente de *droit d'auteur*. *Cfr. Von Lewinski, Silke, International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 34.

El sistema socialista no es considerado por Goldstein como una corriente en la materia, sino sólo como un instrumento para controlar los órganos de publicación y los contratos que celebraban los autores. Aunque este jurista también coincide en que, una vez caída la URSS, los países que seguían esa tendencia adoptaron esquemas similares a los de la Europa occidental. *Cfr. Goldstein, Paul, op. cit.*, nota 166, p. 3.

En Cuba, a pesar de varias declaraciones políticas que en 1966 y 1967 (algunas de Fidel Castro) insistían en la necesidad de abolir los derechos de autor, se publicó en 1977 la actual Ley de Derecho de Autor. *Cfr. Soto Granado, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, III-UNAM, 2009, pp. 91 y 92.

Empero, el a. 3º de dicha ley cubana subordina expresamente los derechos de autor al “interés superior que impone la necesidad social de la más amplia difusión de la ciencia, la técnica, la educación y la cultura en general”, además de que faculta al Estado para emitir los modelos de contratos en la materia.

¹⁷⁶ *Cfr. Goldstein, Paul, op. cit.*, nota 166, p. 3; Urtiaga Escobar, Reynaldo, “Los sistemas de derechos de autor y *copyright* en la actualidad ¿contraposición o simbiosis?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, FD-UNAM, t. LII, núm. 238, 2002, p. 206; Delgado Porras, Antonio, “Contraposición entre los sistemas de protección del derecho de autor y del *copyright*” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, pp. 353 y 354; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 35.

grandes corrientes a nivel comparativo. A continuación, mencionaremos someramente los puntos de contraste más destacados.

El primer y seminal punto de diferencia entre las corrientes en estudio son sus premisas. Se suele decir (en forma un tanto simplista) que en los países del *copyright* la protección tiene una *ratio* utilitaria, consistente en estimular la creación de producciones intelectuales y que estas lleguen al público al menor costo posible; mientras que la corriente continental fundamenta la protección en una filosofía de derechos naturales, en la que se reconoce que el autor tiene derecho a estar protegido por cuestiones de justicia¹⁷⁷. Si bien hay algo de razón en esas afirmaciones, consideramos que las premisas filosóficas de cada corriente no son exclusivas de cada una de ellas, sino que en realidad están mezcladas¹⁷⁸, y lo que sucede es que en el sistema del *copyright* prevalecen las premisas utilitarias (aunque también están presentes las premisas humanistas), mientras que en el sistema continental acontece lo contrario: sin soslayar los fundamentos utilitarios, prepondera el fundamento de tutela a los autores.

El mismo nombre de cada sistema es muy ilustrativo sobre sus diferencias. En el sistema de “derechos de autor” el foco es el ser humano que creó la obra (el autor), a quien expresamente se le conceden una serie de prerrogativas calificadas expresamente como “derechos”. Mientras que la denominación *copyright* enfatiza los usos de las obras (originalmente, el copiado de las obras), e incluso, hay leyes como la inglesa, que más que hablar de derechos a favor de alguien, se refieren a “actos limitados por el *copyright*”, es decir, cosas que los consumidores no pueden hacer por existir un *copyright*¹⁷⁹.

Otra diferencia muy importante entre los sistemas contrastados, es que en la corriente continental sólo puede ser considerado autor la persona física que crea una obra, mientras

¹⁷⁷ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, pp. 3 y 4.

Cfr. también Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 38 (quien, en forma menos simplista, indica que aunque las doctrinas naturalistas que dieron origen al sistema de *droit d'auteur*, ya no sobreviven en las actuales legislaciones –las cuales no son de derecho natural, sino de derecho positivo–, estas leyes siguen siendo de corte humanista al poner en el centro de la protección al autor).

¹⁷⁸ Un claro ejemplo es el de México, en donde nuestras leyes han sido muy tuitivas del autor, en seguimiento a las premisas humanistas del *droit d'auteur*, pero nuestras cláusulas constitucionales en materia de propiedad intelectual, al estar inspiradas en la correspondiente de EUA, han tenido (desde inicios del s. XIX) cierta dosis de utilitarismo (muy marcado en la de 1824, y ya desvanecido en la de 1917).

De igual forma, no puede decirse que en los países del *copyright* sus premisas sean exclusivamente utilitarias, pues en su mayoría son miembros del PIDESC y, sobre todo, votaron la DUDH, instrumentos internacionales que contemplan una visión humanista de la protección a los autores, incluso consagrando un derecho fundamental a esa protección (sobre esos instrumentos ahondamos en el capítulo tercero).

En este sentido, Afori indica: “Many scholars hold the opinion that the theoretical basis of Anglo-American copyright law is dualistic, and that utilitarian and natural rights theories are used in combination”. Cfr. Afori, Orit Fischman, “Human rights and copyright: the introduction of natural law considerations into american copyright law”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XIV, núm. 2, 2004, p. 505.

Sobre las mezclas e interacción de las premisas filosóficas en los dos sistemas, cfr. Senftleben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 7 a 10.

Cfr. también sobre las premisas filosóficas, Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tecnológico de Monterrey, 2009, p. 12.

¹⁷⁹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 39.

en el *copyright* es muy común que la calidad de autor la tenga una persona moral (lo cual es una ficción jurídica)¹⁸⁰.

Una diferencia adicional, la encontramos en el objeto de protección, ya que en la corriente continental los derechos de autor únicamente protegen obras (literarias, musicales, plásticas, audiovisuales, etc.), es decir, creaciones intelectuales¹⁸¹, mientras que en los países del *copyright* el mismo régimen jurídico aplica para proteger otras prestaciones que no son obras, como las señales de radiodifusión o las grabaciones sonoras (fonogramas)¹⁸², entre otras¹⁸³. De ahí que podamos concluir que el objeto de protección de *copyright* es más amplio que el de los derechos de autor.

Un punto de distinción que es muy importante, radica en que en el sistema del *droit d'auteur* las facultades del derecho de explotación (o derechos patrimoniales, como les suele llamar la LFDA) se plasman en la ley de forma enunciativa, de manera que se protege la obra contra cualquier acto de explotación, incluso contra aquellos no señalados expresamente en el texto legal. En cambio, en los países del *copyright* los derechos de explotación se establecen en la ley en forma limitativa o taxativa, por lo que cada vez que los avances tecnológicos permiten una nueva forma de explotación de las obras, se debate sobre la conveniencia o no de que el legislador extienda la protección de *copyright* a esa nueva forma de explotación¹⁸⁴.

Un rubro que originalmente era clave para distinguir entre *copyright* y *droit d'auteur*, pero que ahora sólo nos da unas pistas en cuanto a la ideosincracia subyacente en ambas corrientes, es el que se refiere a los derechos morales¹⁸⁵. Surgidos en Francia y adoptados en las leyes autorales del sistema continental, los derechos morales son fruto de la visión humanística de protección al autor que subyace en esta corriente. Poco a poco, estos derechos morales se han ido incorporando a las leyes de *copyright* de los países del

¹⁸⁰ Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 5; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 359; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 3; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 42 y 43; Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, p. 219.

¹⁸¹ Para más detalles sobre la noción de “obra”, *cf. infra* el apartado 3.1 del presente capítulo.

¹⁸² En el sistema de *droit d'auteur* este tipo de prestaciones también están protegidas, pero no a través de la figura de los derechos de autor, sino de la institución de los “derechos conexos”, lo cual implica un régimen jurídico diferente, que normalmente se traduce en una menor protección a esas prestaciones (por ejemplo, en materia de derechos conexos los derechos de explotación suelen durar menos que los derechos que protegen obras). Así, mientras en el *copyright* hay un solo régimen de protección para obras y otras prestaciones, en el sistema continental, hay un tratamiento diverso que se traduce en un alcance diferente en la tutela que se le da a las obras y la protección que se le concede a otras prestaciones (de ahí que la diferencia que en este punto presentan el sistema de *copyright* y el continental no sea meramente “simbólica” como afirma Goldstein. *Cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 11).

Los sujetos clásicos de los derechos conexos son los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Nuestra LFDA también otorga protección bajo este régimen a los editores de libros y a los productores de videogramas.

¹⁸³ En general, *cf.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 41 y 42; Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, pp. 210 y 211; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, pp. 46 y 49.

¹⁸⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 17 y 19; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 360; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 50 y 51.

Sobre el particular, apunta Goldstein: “The ideal copyright legislator will test every proposal to extend copyright against the criterion of utility and will vote for the proposed extension only if it is demonstrably necessary to stimulate the creation of new works”. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 3.

¹⁸⁵ Sobre los derechos morales, *vid. infra* el apartado 5.1 de este capítulo.

*common law*¹⁸⁶, como la inglesa (1988), la canadiense (desde 1931) o la australiana (desde 2000), aunque siguen ausentes de la de EUA¹⁸⁷, país que alega que ese tipo de protección se puede desprender de normas contra la competencia desleal, la regulación de los derechos de las personalidad o incluso por vía contractual¹⁸⁸. De ahí que se afirme que en “mayor o menor medida, todos los países protegen las facultades de carácter personal”¹⁸⁹. Sin embargo, no se puede ocultar la franca animadversión que los EUA sienten por los derechos morales¹⁹⁰; de hecho, si revisamos la abundante jurisprudencia sobre propiedad intelectual en ese país, veremos que los fallos favorables en materia de derechos personales de los autores son prácticamente inexistentes, salvo algunas contadas excepciones (lo que contrasta con la nutrida jurisprudencia francesa sobre los derechos morales¹⁹¹). De igual forma, en los países del *copyright* que protegen los derechos morales, tal regulación no ha pasado de ser meramente formal, pues a tales derechos se les sigue viendo con cierto escepticismo¹⁹², e incluso, en esos estados se permite la renuncia de los derechos morales¹⁹³, lo que implica que no se les trata como derechos personalísimos y se les convierte, en cierta medida, en derechos de papel¹⁹⁴.

¹⁸⁶ Bertrand, André, “Droit d’auteur, copyright and neighbouring rights at the crossroads”, Documento de la UNESCO, París, 1992, p. 2; y Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 10 y 11.

¹⁸⁷ Aunque cabe destacar que en ese país la *Visual Artists Rights Act* (1990) contempla las facultades de paternidad e integridad en relación con obras plásticas.

¹⁸⁸ Un ejemplo paradigmático de esto es la resolución que, en 1976, dictó el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de EUA, en el caso *Gilliam v. American Broadcasting Company*, en donde dicho tribunal consideró que la mutilación no autorizada de la obra audiovisual *Monty Python's Flying Circus* era ilícita, pero más que sustentarse en un derecho moral, el fallo estuvo fundado en la *Lanham Act* (ley que regula cuestiones de marcas y competencia desleal).

¹⁸⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 45.

En términos similares, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 284.

¹⁹⁰ Lo que los llevó a rehusarse constantemente a suscribir el Convenio de Berna y a hacerlo tardíamente hasta 1988. Sobre este fenómeno, *cf.* Ginsburg, Jane C., y Kernochan, John M., “One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, pp. 298 y ss.

Asimismo, EUA ha sido el promotor y responsable de disposiciones como la del anexo 1701.3.2 del TLCAN (“No obstante lo dispuesto en el Artículo 1701(2)(b), este Tratado no confiere derechos ni impone obligaciones a Estados Unidos respecto al Artículo 6 bis del Convenio de Berna, o a los derechos derivados de ese artículo”) o la del a. 9.1 del ADPIC (“No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 Bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”).

¹⁹¹ Uno de los casos más sonados en tiempos recientes es el conocido como “*Les Misérables*” (*Plon S.A. v. Hugo*), dictado por el Tribunal de Apelación de París en 2004, en donde se determinó que una secuela literaria no autorizada de la obra “*Los Miserables*” es violatoria del derecho moral.

¹⁹² Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson / Sweet & Maxwell, 2007, p. 487; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 9 y 10; y Drexl, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy” en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 160.

En este sentido, Pimenta explica que, bajo la concepción del *copyright*, los derechos morales están en un segundo plano frente a los derechos económicos. *Cfr.* Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 19.

¹⁹³ *Vid.*, por ejemplo, el a. 87.2 de la *Copyright, Designs and Patents Act* del Reino Unido; y el a. 14.1.2 de la *Copyright Act* de Canadá.

¹⁹⁴ Rahmatian afirma lo siguiente respecto de las prácticas relativas a los derechos morales en el Reino Unido: “moral rights have no decisive relevance in a copyright system and can almost be ignored in the context of assignment and licensing rules”. Rahmatian, Andreas, “Dealing with rights in copyright-protected

Otro punto de contraste que fue muy importante en el pasado, pero que ahora es prácticamente inexistente, es el de las formalidades. Tradicionalmente los países del *copyright* exigían el registro de la obra y algunas otras formalidades (como la llamada “*copyright notice*”), mientras que en los países de tradición continental la tutela deriva del acto creativo, siendo libre de formalidades. Esto ha cambiado, como consecuencia de la adhesión de los países del *common law* al Convenio de Berna (y a la importancia que se le da a ese tratado en instrumentos de última generación como el TODA, el ADPIC o el TLCAN), la máxima de protección no subordinada a formalidades es, prácticamente, universal¹⁹⁵.

En el tema de las restricciones al derecho de explotación (de central importancia en la presente investigación), los países del *copyright* se han caracterizado por un sistema de restricciones abierto y flexible, bajo cláusulas amplias como el *fair use*, el *fair dealing* o la protección del interés público; mientras que la corriente continental prevé un sistema cerrado de restricciones, exigiendo que estas se encuentren previstas en forma limitativa en el texto de la ley¹⁹⁶. Sobre esto profundizamos en el capítulo cuarto de este trabajo.

Un último punto de contraste que vale la pena mencionar es el de los contratos, ya que en la corriente del *droit d’auteur* suelen existir más limitaciones a las cesiones de derechos que en el sistema de *copyright*¹⁹⁷, como consecuencia de la necesidad de proteger a los autores en sus relaciones contractuales y evitar abusos.

Desde luego, tampoco debe minimizarse ni pasarse por alto que los sistemas de *copyright* pertenecen a la familia jurídica del *common law*, y que los sistemas de derechos de autor se integran principalmente en la familia neorromana, por lo que la estructura e idiosincrasia jurídica de ambos sistemas es también diferente¹⁹⁸.

Si bien coincidimos en que la brecha que distinguía al *copyright* del *droit d’auteur* se ha ido acortando, y que ambos sistemas cada vez se influyen más en forma recíproca, consideramos que la distinción entre uno y otro todavía es válida¹⁹⁹, y no consiste meramente pequeñas diferencias de grado como concluye Goldstein²⁰⁰. De hecho, como nos refiere Von Lewinski, cada sistema expresa sus culturas e identidades subyacentes, por lo que las discusiones internacionales son poco tersas, cuando cada país trata de imponer su visión sobre la protección de las obras²⁰¹.

works: assignments and licenses” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 291.

Situación que, a decir de Eduardo Pimenta, ilustra una diferente “ética autoral” que la del derecho continental. Cfr. Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 21.

¹⁹⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 53 y 54; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 44.

¹⁹⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 184, pp. 17 a 20; Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 361; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 51 a 53.

¹⁹⁷ Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 176, pp. 361 y 362; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

Sobre este punto, Lipszyc indica que “en los países del sistema latino va tomando cada vez más fuerza el rechazo de la cesión total o parcial de los derechos de autor y la admisión solo de licencias o autorizaciones de uso, o de las impropiamente llamadas ‘cesiones’ parciales, en lugar de ‘concesiones’ de determinados derechos de explotación”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 43.

¹⁹⁸ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 41.

¹⁹⁹ En este sentido, *vid.* Piotraut, Jean-Luc, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Francia, Lavoisier, 2007, pp. 107 y ss.

²⁰⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

²⁰¹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, pp. 33 y 34 (quien además explica que los rastros de estos choques ideológicos pueden encontrarse en los documentos relativos a las negociaciones del ADPIC, el TODA y el TOIEF).

Debemos tener en cuenta los diferentes enfoques filosóficos iniciales de cada una de esas corrientes y que todavía las permean en forma importante. En efecto, como nos recuerda Lyman Ray Patterson, el Estatuto de la Reina Ana era básicamente una ley reguladora del comercio, en la que la figura del autor se utilizó como un mero *instrumento* para acabar con un poder monopolístico²⁰², y de hecho, durante todo el desarrollo posterior del *copyright* (en especial en EUA) el autor ha sido principalmente una figura instrumental y secundaria, que aparece intermitentemente en los debates. En cambio, en las primeras legislaciones francesas sobre la materia (1791 y 1792), el autor no fue un instrumento, sino el centro y propósito de la legislación; se trató de leyes que se dictaron, principalmente, *para proteger a los autores*. De ahí que la figura del autor sea central en los países de la corriente del *droit d'auteur*.

Esta ideosincracia no sólo se refleja en la forma en que los órganos nacionales aplican las normas sobre la materia²⁰³,²⁰⁴ (lo que de suyo justifica la distinción entre las dos corrientes estudiadas), sino también en los términos en los que se debaten esas normas y las políticas públicas que buscan soportarlas. Esto puede verse con claridad en el capítulo quinto del presente trabajo, pues muchas de las propuestas provenientes de juristas de sistemas del *copyright* simplemente ignoran la figura del autor o le dan poca importancia²⁰⁵.

Por lo tanto, y sin desconocer las aproximaciones que se han dado entre estos dos grandes sistemas, se puede reconocer que el *copyright* siempre ha tenido un *matiz* y una vocación más económica, mientras que el sistema continental más humanista y romántica²⁰⁶.

²⁰² Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 13 y 14.

²⁰³ Sobre esto, *vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 38.

²⁰⁴ Por ejemplo, aunque en el Reino Unido se reconozcan derechos morales, es impensable que un tribunal dicte un fallo como el emitido en Francia respecto de la película “*The Asphalt Jungle*”. Dicha película fue dirigida por John Huston en blanco y negro, y posteriormente fue “coloreada” por Ted Turner, por lo que los sucesores de Huston demandaron en Francia la violación a la facultad moral de integridad, resolviendo en última instancia el Tribunal de Casación en 1991, mismo que acogió las pretensiones de los demandantes, reconociendo el deber de no alterar las obras.

²⁰⁵ En este tenor, Ginsburg afirma: “In contemporary debates over copyright, the figure of the author is too-often absent”. Ginsburg, Jane C., “The concept of authorship in comparative copyright law”, *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano de 2003, p. 1063.

De igual forma, Vivant señala sin ningún tapujo: “The fact remains –and it is undeniable– that the author is notably absent from copyright”. Vivant, Michel, “Droit d’auteur and copyright: what is the relationship?”, Ponencia en el Coloquio Internacional de Derecho de Internet, París, 19 y 20 de noviembre de 2001, p. 3.

Asimismo, Sundara indica que: “in debates surrounding copyright policy, the absence of individual authors is striking”. Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 229.

²⁰⁶ Sin tal vocación, no se podrían entender figuras tuitivas del autor que surgieron en el seno de este sistema, como el *droit de suite* o los derechos morales.

Incluso, como se ha reconocido, “la diferencia más importante entre ambos regímenes radica en el énfasis de la protección a la ‘obra’ en el *copyright* y al ‘autor’ en el caso del *droit d’auteur*”. Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, p. 212.

De igual forma, Cornish y Llewelyn estiman que los sistemas de derechos de autor suponen una preferencia por el autor respecto del empresario. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 379.

O como expresa Vivant: en un sistema la preponderancia se da al autor, en el otro se le concede a la inversión. *Cfr.* Vivant, Michel, *op. cit.*, nota 205, p. 1.

Hechas estas aclaraciones de carácter general, procederemos en los siguientes apartados a analizar cómo se protegen los derechos de autor en México.

3.- Objeto de los derechos de autor.

En el presente y siguientes apartados abordaremos los puntos esenciales de la regulación jurídica de los derechos de autor, tomando como base la LFDA. Dado que nuestra legislación se inserta en la corriente del *droit d'auteur*, utilizaremos preponderantemente doctrina jurídica generada en países de tal corriente, sin perder el enfoque global del presente trabajo.

Muchos tratadistas (y algunas leyes) abordan el tema de los derechos de autor utilizando la sistemática clásica de la materia, es decir, aquella que divide entre objeto, sujeto y contenido de los derechos de autor. Conforme a tal sistemática, el objeto es la *obra*, el sujeto es el *autor* (y en su caso los demás titulares involucrados), y el contenido son cada uno de los *derechos* que se otorgan al autor sobre su obra²⁰⁷. Consideramos adecuada tal sistemática, por lo que la utilizaremos aquí, dedicando el presente apartado al estudio del objeto de los derechos de autor.

3.1.- Noción de obra.

Existe consenso acerca de que la obra es el objeto de los derechos de autor²⁰⁸, sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad de dar una definición completa y precisa de lo que es una obra.

Como consecuencia de lo anterior, y sin ser una definición perfecta, consideramos adecuada la proporcionada por Delia Lipszyc, pues la misma nos permitirá avanzar en el estudio del objeto de los derechos de autor²⁰⁹. Para esta investigadora, obra es

²⁰⁷ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, pp. 114, 121 y 128; Cedillo Molina, Sabina, *Internet y los derechos de autor*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2003, pp. 82, 95 y 102; De la Parra Trujillo, Eduardo, “La obra como objeto de los derechos de autor”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Consejo de la Judicatura Federal, núm. 18, 2004, p. 72; Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, pp. 23, 97 y 205; Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, pp. 58 y 59; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 153 y 319; Martínez Reyes, Jessica Inglaterra, *El cosplay ante el derecho intelectual*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2005, p. 4.

²⁰⁸ Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho de inventor*, trad. Ernesto Volkening, Bogotá, Temis, 1999, p. 13; Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 43; Cedillo Molina, Sabina, *op. cit.*, nota 207, p. 82; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 207, p. 73; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo de autor. En las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 111; Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 51; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 61; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 61; Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 10” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 54; Saiz García, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 39; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 153; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, Comares, 2000, pp. 1 y ss.

²⁰⁹ Inclusive, esta definición fue adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-276-96, dictada el 20 de junio de 1996.

la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida²¹⁰.

Por consiguiente, las obras son bienes inmateriales o intangibles, es decir, *corpus mysticum*²¹¹ (como también lo son el resto de los objetos de protección de los derechos intelectuales: las invenciones, las marcas, los diseños industriales, etc.). Esto trae como consecuencia que, como regla general, la propiedad del soporte material de una obra no traiga aparejada derecho de autor alguno^{212, 213}, pues mientras el derecho real de propiedad regula el soporte material (*corpus mechanicum*), los derechos de autor regulan las obras (*corpus mysticum*)²¹⁴.

Finalmente, hay que mencionar que a la expresión “obra” se le suelen acompañar diversos calificativos, tales como “literarias y artísticas”, “del espíritu”, “literarias, artísticas y científicas”, “intelectuales”, etc. Empero, tales calificativos son meras fórmulas ornamentales que se siguen utilizando por tradición, pero que en realidad no tienen consecuencias jurídicas, toda vez que el derecho no le da una protección diferente a las obras literarias respecto, por ejemplo, de las artísticas. En realidad, todas esas expresiones

²¹⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 61.

En términos similares, Mario Are nos define la entidad intelectual como “pensiero soggettivo ed individuale fissato in un momento del suo divenire e reso concreto, prima ancora della sua estrinsecazione, dallo stesso soggetto pensante nel suo intimo”. Are, Mario, *L'oggetto del diritto di autore*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 37

²¹¹ Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 23; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 44; Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, p. 259; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 77; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 114.

Sobre la distinción entre bienes corpóreos e incorpóreos, *cfr.* Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, México, 9a. ed., Porrúa, 2003, pp. 305 y 306

²¹² Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 1: Introducción a la propiedad intelectual” en Bercovitz Rodríguez -Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 21; Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 29; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 451; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, 23; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 114; Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 104 y 105; Sánchez Moyano, Alejandra, “La propiedad y el derecho de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002, p. 17; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 160 y ss.

²¹³ Como regla general, el a. 38 de la LFDA establece: “El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra”.

Sin embargo, la propia LFDA contempla una excepción en su a. 85, mismo que reza: “Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos”.

²¹⁴ “Por esas razones no existe actualmente la discusión sobre el derecho de accesión que se planteó en el derecho romano entre los que sostenían que la materia era lo accesorio de la obra artística y quienes opinaban lo contrario, en el caso de un autor que creaba algo con un material ajeno”, de forma que hoy en día “no puede discutirse que el titular de la obra es su creador y no el propietario de los materiales utilizados”. Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 163.

se refieren exactamente a lo mismo: al objeto de los derechos de autor, es decir, a las obras. Por lo que somos partidarios de utilizar simple y sencillamente el término “obra”, sin adherirle calificativo alguno.

3.2.- Tipos de obras.

Dada la dificultad de dar una definición jurídica de “obra” que abarque y delimite claramente el objeto de protección de los derechos de autor, muchas leyes en la materia han tendido a dar un listado ejemplificativo del tipo de producciones protegidas por derechos de autor. Esto es influencia directa del Convenio de Berna, cuyo a. 2.1 establece:

Artículo 2.1.- Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

El hecho de que el citado artículo establezca que se protegen *todas* las expresiones en el campo literario, científico o artístico, y utilice la expresión “tales como” antes de iniciar el catálogo de obras, no deja lugar a dudas que estamos ante un listado no acabado, sino abierto.

Asimismo, hay una coincidencia en que es prácticamente imposible hacer un listado completo, preciso y taxativo que incluya todos los tipos de obras protegidas²¹⁵, máxime ante los constantes avances tecnológicos y las amplias posibilidades de la creatividad humana.

En esta tónica encontramos nuestra LFDA, cuyo a. 13 (presumiblemente influenciado por el Convenio de Berna) establece un listado de “ramas” protegidas: literaria; musical con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo; escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo²¹⁶; fotográficas; obras de arte aplicado (mencionando que se incluye el diseño gráfico o textil); y de compilación

²¹⁵ Guerra Zamarro, Manuel, “La obra como objeto de protección del derecho de autor (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 6, octubre-diciembre 2002, p. 9.

Cfr. también, Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d'auteur...: mode d'emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, p. 152.

²¹⁶ Esto en virtud de que, independientemente de su funcionalidad práctica, los programas de computación o *software* no son más que una serie de instrucciones *escritas* en un determinado *lenguaje*, con el fin de que una computadora realice cierta función; por lo que son consideradas obras literarias. En este sentido, tanto el TODA (a. 4), el ADPIC (a. 2.1), el TLCAN (a. 1705.1.a), y la LFDA (a. 102), establecen que los programas de cómputo deben protegerse como obras literarias.

Sobre la evolución y debate acerca de la protección de los programas de computación por derechos de autor, *vid.* entre otros, Becerra Ramírez, Manuel, “Los programas de computación y su regulación en la legislación mexicana” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, pp. 282 a 286; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 104 a 111

(indicando que se integran por colecciones de obras, como las antologías, las enciclopedias, o las colecciones de obras u otros elementos, como las bases de datos).

La doctrina mexicana está de acuerdo en que el catálogo del a. 13 de la LFDA es meramente ejemplificativo o enunciativo, más no limitativo o restrictivo²¹⁷, por lo que nuestra ley protege también las obras no mencionadas expresamente en ese listado, como el caso de la llamada “obra multimedia”²¹⁸ o las obras de escenografía²¹⁹, entre otras. Más polémica y debatible es la posibilidad de proteger por derechos de autor las creaciones expresadas por el olor, el gusto o el tacto²²⁰, como por ejemplo, platillos o perfumes.

3.3.- Requisitos de protección.

La amplísima mayoría de estados perteneciente a la corriente o sistema del *droit d’auteur* establece el requisito de *originalidad* como el único a satisfacerse para obtener la protección de los derechos de autor; sin embargo, en el caso de México existe un requisito adicional: la *fijación*. A continuación abordaremos ambos requerimientos.

3.3.1.- Originalidad.

El requisito de originalidad es prácticamente universal, reconociéndose tanto en el sistema continental como en el de *copyright*. Sin embargo, es raro encontrar leyes que, además de mencionar tal requisito, lo definan²²¹; por lo que ha sido labor de los tribunales y de la doctrina ir definiendo lo que se entiende por originalidad.

Desde un punto de vista histórico, Mark Rose encuentra el requisito de originalidad en la jurisprudencia del s. XVIII, explicándonos que: “The basis of literary property, in other words, was not just labor but ‘personality’, and this revealed itself in ‘originality’”²²².

²¹⁷ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 9; De la Parra Trujillo, Eduardo, Voz “Derechos de autor” en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 2006, p. 223; García Moreno, Víctor Carlos, “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana del derecho de autor” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 112; Guerra Zamorro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, pp. 8 y 9; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 118; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 64.

²¹⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 463; Ovilla Bueno, Rocío, “El laberinto de la multitud. En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia” en Becerra Ramírez, Manuel, y Ovilla Bueno, Rocío (coords.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 74; Schmidt, Luis, “Multimedia: creación de naturaleza jurídica multifacética”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 24, 2006, pp. 13 y ss.

²¹⁹ *Cfr.* la sentencia de 1º de abril de 2008, dictada por el TFJFA en el expediente del juicio contencioso administrativo 39843/05-17-03-3.

²²⁰ Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, pp. 85 y ss.

²²¹ Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 595.

²²² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 114.

Es destacable el caso *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, en el que la Suprema Corte de EUA retoma la noción de “personalidad” para conceder protección a la publicidad de un circo. En tal asunto, el juez Holmes dijo: “Personality always contains something unique. It expresses its irregularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man’s alone”. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 218.

La concepción generalmente aceptada de originalidad, nos es explicada por Lipszyc así:

Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: *que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*. La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término *individualidad* en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra tenga algo individual y propio de su autor²²³.

Es decir, basta que la obra sea de *creación independiente*, que no sea una copia de otra obra preexistente. En este sentido, Isabel Espín Alba nos indica que, tradicionalmente, se afirma que la originalidad es un criterio subjetivo en tanto se refiere a un trabajo personal creativo del autor, siendo clásico el ejemplo de los dos pintores que, en forma independiente, plasman el mismo objeto y que, aun así, son autores de sus respectivas obras, en tanto estas no son copias serviles la una de la otra, sino reflejo del trabajo personal de cada pintor individualmente²²⁴.

El *Glosario de la OMPI* nos proporciona la siguiente definición de originalidad:

En relación con una obra, la originalidad significa que ésta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta a la originalidad de una creación independiente²²⁵.

En igual sentido encontramos el *ABC del derecho de autor* de la UNESCO:

El derecho de autor es un derecho que se confiere con respecto a una obra o que emana de ésta. No se trata de un derecho basado en el carácter novedoso de las ideas. (...) Dos personas pueden llegar al mismo resultado independientemente y gozar del derecho de autor sobre su obra, siempre que ésta no se haya copiado de una obra que ya está protegida por el derecho de autor. Por consiguiente, una obra

²²³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 65.

²²⁴ Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 79.

En este orden de ideas, Rengifo afirma: “Dos creadores pueden producir un mismo trabajo o uno similar y ambos podrían ser titulares del derecho de autor sobre sus respectivas creaciones siempre y cuando hayan trabajado independientemente, es decir, que la creación no constituya una reproducción total o una reproducción de las partes sustanciales de la otra creación”. Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 100.

Por su parte, Agustín Grijalva indica: “Aunque existen diferencias en la concepción de originalidad, sobre todo entre el derecho de origen romano-germánico y el anglosajón, hoy tiende a prevalecer la concepción de que *originalidad* es el resultado del trabajo intelectual independiente y con cierta creatividad por parte de su autor, lo cual excluye la copia o reproducción evidente o disimulada de obras preexistentes”. Grijalva Jiménez, Agustín, “Introducción a la propiedad intelectual: derechos de autor, derechos conexos y patentes” en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007, p. 14.

Cfr. también, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, pp. 604 y 605; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, pp. 422 a 425; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 215, p. 153; Ovilla Bueno, Rocío, *op. cit.*, nota 218, p. 75; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 24; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 27; y Rogel Vide, Carlos, *Derecho de autor*, Barcelona, Cálamo, s/f, p. 9.

²²⁵ VV.AA., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 175

original se define como el producto de un pensamiento independiente y de la labor de un individuo. La originalidad no depende ni de la novedad ni de los méritos artísticos de la obra²²⁶.

Incluso en los países del *copyright* prevalece esta caracterización subjetiva de la originalidad:

As developed by the courts, originality entails *independent creation* of a work featuring a *modicum of creativity*. Independent creation requires only that the author not have copied the work from other source²²⁷.

El jurista francés, Claude Colombet, en su interesante estudio de derecho comparado, llega a las siguientes conclusiones:

La originalidad se aprecia subjetivamente: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de homólogo en el pasado (...).

Finalmente, se percibe que la constante casi universal es la referencia a la originalidad, noción subjetiva, y no a la novedad, noción objetiva²²⁸.

Conclusiones que son compartidas por Paul Goldstein:

The normal standard for protection of literary and artistic works, applied across both common law and civil law systems, is that the work distinctively be the product of its author's efforts and no copied from other work or works²²⁹.

²²⁶ VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, pp. 20 y 21.

²²⁷ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *Intellectual property in the new technological age*, Nueva York, 2a. ed., Aspen law & business, 2000, p. 345.

De hecho, la Casa de Representantes del Congreso de los EUA, a propósito del entonces proyecto de ley de *copyright* (hoy ley vigente de ese país desde 1976), afirmó lo siguiente respecto de la originalidad: "This standard does not include requirements of novelty".

En tal país, para las compilaciones se elaboró la teoría del *sweat of the brow*, según la cual se protegían las obras si eran fruto de un esfuerzo material, lo cual fue muy criticado por tratarse de un criterio ajeno a la creatividad; empero esa teoría fue superada por la Suprema Corte de EUA en el caso *Feist Publications v. Rural Telephone Service* de 1991, el cual versó, precisamente, sobre bases de datos. *Cfr. Ibidem*, pp. 355 y 356; y Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 6 y 7.

Por lo que hace a Canadá, originalidad "significa que la obra no debe ser copiada. Un esfuerzo independiente de creación, aun modesto, es suficiente". Goudreau, Mistrale, "Introducción al derecho de autor canadiense" en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México, 1a. reimp. de la 1a. ed., IJ-UNAM, 2000, p. 35.

Asimismo, otro jurista canadiense nos refiere: "Novelty is not a requirement of copyright. An original work is not a novel work but a work that originated with the autor, a work that has not been copied. Original means not-copied". Drassinower, Abraham, "A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law", *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, p. 12.

Lo mismo aplica para el caso del Reino Unido, *cfr.* Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 7.

²²⁸ Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO / CINDOC, 1997, pp. 13, 14 y 15.

²²⁹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 161. Indicándonos este autor: "Countries following the common law tradition characteristically phrase the test in terms of originality, to connote that the work originated with its author and no one else", añadiendo: "In much the same way, courts in civil law countries usually look for some imprint of the author's personality". *Idem*.

Por su parte, Antequera Parilli, luego de un estudio de la jurisprudencia comparada, concluye que la mayor parte de los tribunales (coincidiendo con la doctrina mayoritaria) acepta el criterio de la individualidad²³⁰, es decir, la concepción subjetiva de originalidad.

Empero, hay que decir que existe un sector doctrinal minoritario en el mundo (aunque posiblemente mayoritario en España), con intermitente aceptación en la jurisprudencia, que concibe a la originalidad como un criterio de *novedad objetiva*. Uno de los principales exponentes de esta corriente es Rodrigo Bercovitz, quien indica que la ley sólo protege una obra si esta tiene novedad objetiva, pues en esa medida sería fruto del ingenio del autor. La creación independiente (a la que ese profesor denomina “novedad subjetiva”) no la considera como originalidad, pues estima necesario que el autor genere obras objetivamente nuevas (diferentes a las ya existentes). Según su postura, la mera “novedad subjetiva” daría paso a un sistema caótico, pues lo importante en cada caso sería probar que no se copió la obra, independientemente del parecido o igualdad con la preexistente. De esta forma, de acuerdo con Bercovitz, si una obra tiene “novedad subjetiva” habría que eliminar el dolo en los asuntos penales (pero si la obra es objetivamente parecida o idéntica a una preexistente, seguiría siendo una violación a derechos de autor, aunque quien realizó la segunda obra no haya copiado la primera)²³¹.

Postura similar es adoptada por el jurista italiano, Mario Are, quien se adscribe a la corriente de la originalidad objetiva, afirmando que una obra debe distinguirse de otra por sus características propias e intrínsecas²³².

Por lo que hace a la doctrina mexicana, esta se adhiere a la concepción subjetiva en forma prácticamente mayoritaria²³³, siguiendo así la postura ortodoxa sobre la originalidad. Aunque, como destaca Urtiaga Escobar²³⁴, nuestros tribunales aun no se han pronunciado acerca del requisito de originalidad.

En otro orden de ideas, la originalidad no puede apreciarse de la misma forma en cada tipo de obra²³⁵. Por ejemplo, se suele reconocer que el proceso de creación de una obra literaria pasa por tres etapas: la idea, la composición y la expresión; y como veremos adelante, las ideas no se protegen, por lo que la originalidad puede manifestarse en la

²³⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 53.

²³¹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentario al artículo 10” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 160 a 162.

Sin embargo, el citado autor reconoce que la polémica sobre las concepciones de la originalidad es un tanto teórica, pues es muy difícil que una persona produzca una obra igual a otra previa sin tener conciencia de ello, dado el amplio margen que da la libertad de creación. Aunque en algunos tipos de obras con escaso campo para la libertad creativa (como en el caso de algunas obras derivadas), es más real la posibilidad de repetición involuntaria. *Ibidem*, p. 161.

²³² Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 60 y 61.

²³³ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 3; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Guerra Zamarró, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Herrera Meza, Humberto Javier, *Iniciación al derecho de autor*, México, Limusa, 1992, p. 70; Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 42; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 102; Tapia Guzmán, Patricia Marisol, *La protección acumulada en el sistema normativo mexicano ¿beneficio o detrimento en los derechos del titular?*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2007, pp. 16 y 17.

²³⁴ Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, pp. 217 y 218.

²³⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 66.

Cfr. también, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 603.

composición de la obra (estructura de su desarrollo) y/o en su expresión (su forma, propiamente dicha)²³⁶.

Por lo que hace a las obras musicales, estas se integran (al menos en la música occidental) por ritmo, armonía y melodía; pero los derechos de autor sólo protegen la melodía, por lo que la originalidad se manifiesta en tal elemento²³⁷.

Para medir la originalidad en el resto de las obras se suelen utilizar, *mutatis mutandi*, los criterios ya referidos. Aunque hay que indicar, como caso especial, el de las obras de colección o bases de datos, en las que, dado su reducido margen para la creatividad, su originalidad se determina conforme a la selección o a la disposición de sus elementos²³⁸.

El requisito de originalidad está plasmado en la LFDA de la siguiente manera:

Artículo 3°.- Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación *original* susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio. (Énfasis añadido).

En fin, hay que decir que tanto la doctrina²³⁹, como la jurisprudencia de algunos países²⁴⁰, han establecido que la originalidad se presume, por lo que quien alegue que una obra no es original, debe probarlo.

Una vez explicada la originalidad, pasemos al siguiente apartado para analizar el requisito de fijación.

3.3.2.- Fijación.

Como ya adelantamos, nuestra LFDA no sólo exige que se cumpla el requisito de originalidad para que una obra esté protegida por derechos de autor, sino que también, peculiarmente, exige el de fijación. Veamos en qué consiste.

La fijación es el acto por virtud del cual se incorpora la obra a un soporte material, es decir, no es otra cosa más que la unión del *corpus mysticum* con el *corpus mechanicum*²⁴¹.

²³⁶ Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 31; y Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 24.

²³⁷ Sobre el particular nos explican Lipszyc y Villalba: “En cambio, no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, es decir, la combinación de sonidos simultáneos, y el número de estos es limitado. Tampoco sobre el ritmo –que es la distribución y acentuación de las notas en el tiempo– porque no sería lógico otorgar derechos exclusivos sobre el tango, el bolero, el vals, la salsa, la cumbia, el merengue, la zamba, la *bossa nova*, etcétera del mismo modo que no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre los géneros literarios”. Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 32.

²³⁸ En este sentido, encontramos al Convenio de Berna (a. 2.5), al TODA (a. 5), al ADPIC (a. 10.2), al TLCAN (a. 1705.1.b), y a la LFDA (aa. 107 y 13, fr. XIV).

En nuestro país las bases de datos que no cumplan con el requisito de originalidad, a pesar de no estar protegidas por derechos de autor, se protegen por un derecho *sui generis* (a. 108 de la LFDA). Tal derecho es una desafortunada adopción del, ya de por sí criticable, derecho *sui generis* sobre las bases de datos de la Unión Europea (muy atacado por sus efectos monopolísticos sobre la información y su colisión con ciertos derechos fundamentales). Para más información sobre este derecho en México, así como para su crítica, *cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, “La protección de las bases de datos no originales en la legislación autoral mexicana (comparación con la Directiva de la Unión Europea sobre bases de datos)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, FD-UNAM, t. LIII, núm. 241, 2003, pp. 211 y ss.

²³⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 58; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 207, p. 75; Guerra Zamorro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 170.

²⁴⁰ Por ejemplo, la resolución número 000111-1999/ODA-INDECOPI en Perú.

²⁴¹ El *Glosario de la OMPI* proporciona la siguiente explicación de lo que es la fijación: “Consiste en captar una obra en algún modo o forma de expresión física duradera, sea ésta un escrito, impresión, fotografía,

El requisito de fijación es más propio del *copyright*²⁴², y no tanto del sistema continental; aunque la legislación francesa en algún momento exigió tal condición, la teoría y la jurisprudencia de esa nación lo fueron desplazando, a tal grado, que dejó ser de requerimiento de tutela, por lo que en la actualidad se suele considerar que el abandono de la exigencia de fijación refleja una visión más moderna de la materia²⁴³.

Como un caso excepcional dentro de la corriente del *droit d'auteur*, México establece la fijación como un requisito de protección adicional a la originalidad²⁴⁴, como se desprende del primer párrafo del a. 5° de la LFDA:

Artículo 5°.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido *fijadas* en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión. (Énfasis añadido).

Esto significa que en nuestro país no están protegidas las llamadas obras efímeras, tales como discursos, sermones, alocuciones, explicaciones de cátedra, obras musicales no grabadas o escritas, pantomimas, espectáculos de luz, etc.

Desconocemos las razones por las que México incorporó el requisito de fijación en la ley. Algunos especulan que fue por compromiso con los EUA, pero el TLCAN no impone esa obligación.

De cualquier forma, el Convenio de Berna faculta a sus estados miembros para imponer el requisito de fijación, si así lo desean, como se desprende de su a. 2.2:

grabación sonora o grabación visual, escultura, grabado, construcción, representación gráfica o cualquier otro método que permita la posterior identificación y reproducción de la creación del autor”. *Op. cit.*, nota 225, p. 119.

Nuestra LFDA define en su a. 6° la fijación: “Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquéllos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación”.

²⁴² La Constitución de los EUA, en su cláusula de propiedad intelectual, señala que lo que se protege son los *writings*, de donde se ha desprendido el requisito de fijación, interpretándose que por *writing* se debe entender una representación física, como dijo la Suprema Corte de ese país en el caso *Goldstein v. California* de 1973. *Cfr.* Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, Nueva York, 3a. ed., Matthew Bender, 1999, p. 46; y Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 20.

Para el caso del requisito de fijación en el Reino Unido, *cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 437.

Sobre la fijación en Canadá, *vid.* Bertrand, Lise, “Copyright law and copyright collectives in Canada” en LaRoche, Kevin L. (coord.), *Intellectual property and related commercial litigation in Canada*, Canadá, 3a. ed., Border Ladner Gervais, 2008, p. 198.

²⁴³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 197.

De igual forma, Are indica que, aunque en otros tiempos se pudo haber condicionado la protección jurídica a la fijación de la obra en un ejemplar durable, en la actualidad la doctrina considera como superado ese principio. *Cfr.* Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 218 y 219.

²⁴⁴ El conocido autoralista mexicano, José Luis Caballero Leal, luego de hacer un análisis comparativo de la legislación latinoamericana, llega a la conclusión de que México es el único país de la región que establece el requisito de fijación. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4.

A decir de Antonio Delgado, la “legislación mexicana (perteneciente al área del derecho de autor) ofrece un caso de contaminación con el otro sistema –se refiere aquí Delgado al *copyright*– al establecer que la protección se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 357.

También hace referencia al requisito de fijación en México, Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 104.

Artículo 2. (...)

2.- Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.

De hecho, en la práctica no se genera diferencia substancial entre países que exigen la fijación y los que no, pues, en primer lugar, la mayor parte de las obras que se difunden ya han sido fijadas en algún soporte material (por lo que es muy reducido el número y trascendencia de las obras no fijadas), y, en segundo lugar, en los países que no exigen la fijación, es muy difícil probar en juicio la existencia y características de una obra efímera²⁴⁵, por lo que la tutela de este tipo de obras es realmente complicada.

3.4.- Criterios irrelevantes para conceder protección.

Los *únicos* requisitos válidos para conceder o negar protección, bajo la regulación de los derechos de autor, son la originalidad y la fijación; por lo que cualquier otro criterio resulta absolutamente irrelevante o intrascendente a la luz de la legislación en la materia.

Empero, a fin de tener una visión más completa sobre el objeto de los derechos de autor, resulta conveniente repasar algunos de los criterios irrelevantes para el nacimiento de los derechos de autor.

3.4.1.- El registro.

En la actualidad las obras se protegen sin necesidad de registro, y en general, sin que se pueda exigir ninguna formalidad. Esto es uno de los pilares del sistema continental que ha ido permeando en los países del *copyright*.

La *condición del registro* de la obra para el goce del derecho –o registro constitutivo del derecho– fue un resabio de la etapa de los privilegios y continuó manteniéndose en algunos países en mérito de una equivocada asimilación al derecho de propiedad industrial (especialmente derecho de patentes y derecho de marcas). A medida que las diferencias entre el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial se fueron clarificando, las legislaciones abandonaron el registro constitutivo de derechos²⁴⁶.

De hecho, la protección automática y sin formalidades es una de las obligaciones básicas contempladas por el Convenio de Berna²⁴⁷, desde su revisión de Berlín en 1908. Esto implicó un gran avance, pues la protección automática facilita la adquisición de derechos de autor, extendiendo la tutela a una amplia gama de obras que hubieran quedado desprotegidas al no cumplirse los trámites burocráticos relativos, y evitándose así situaciones injustas en las que no se podría reclamar protección por culpa de formalismos.

La regla de protección automática está claramente incorporada en nuestro derecho autoral, como se desprende del a. 5º, segundo párrafo, de la LFDA:

²⁴⁵ Cfr. Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 268.

²⁴⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68.

²⁴⁷ El a. 5.2 del Convenio de Berna establece: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad”.

Artículo 5º.- (...)

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Lo cual es reiterado por el segundo párrafo del a. 162 de la referida ley:

Artículo 162.- (...)

Las obras literarias y artísticas y los derechos conexos quedarán protegidos aun cuando no sean registrados.

Por lo tanto, la protección libre de registro es pacíficamente admitida por la doctrina nacional²⁴⁸ y extranjera²⁴⁹; aunque a veces es ignorada por las autoridades mexicanas²⁵⁰.

Empero, existe la posibilidad de inscribir las obras en un registro público (el cual es optativo y meramente declarativo, no constitutivo de derechos), cuya consecuencia será generar un medio de prueba privilegiado²⁵¹ para acreditar la autoría y titularidad de derechos, generando una presunción para ese fin²⁵². Aunque desde luego, existen muchas otras formas de acreditar la autoría de una obra, como por ejemplo, la presunción de autoría contenida en el a. 77 de la LFDA²⁵³ y en el a. 15.1 del Convenio de Berna²⁵⁴.

²⁴⁸ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Carrillo Toral, Pedro, *El derecho intelectual en México*, México, Plaza y Valdés / UABC, 2002, p. 66; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 217, p. 112; Guerra Zamorro, Manuel, “La obra como objeto de protección del derecho de autor (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 7, enero-marzo 2003, pp. 7 y 8; Herrera Meza, Humberto Javier, *op. cit.*, nota 233, p. 19; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 158; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 159; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 138.

²⁴⁹ Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 28; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 167; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 678; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 18 y 19; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 436; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *Georgian law on author's rights and neighbouring rights*, Tbilisi, UNESCO, 2005, p. 24; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 215, p. 157; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 101 y 102; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 28; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 166

²⁵⁰ Por ejemplo, sentencia definitiva dictada por el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito en el juicio ordinario civil federal 263/2006-III el día 28 de junio de 2007.

De igual forma, el IMPI suele condicionar el otorgamiento de medidas cautelares si no se exhibe un certificado de registro de derechos de autor.

²⁵¹ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 159; y Bertrand, Lise, *op. cit.*, nota 242, p. 197.

²⁵² El a. 168 de la LFDA establece: “Las inscripciones en el registro establecen la presunción de ser ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros. Si surge controversia, los efectos de la inscripción quedan suspendidos en tanto se pronuncie resolución firme por autoridad competente”.

²⁵³ “La persona cuyo nombre o seudónimo, conocido o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por transgresión a sus derechos”.

²⁵⁴ “Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual”.

3.4.2.- El mérito.

La calidad o el mérito de una obra no es un parámetro para conceder o negar derechos de autor sobre la misma, ni para determinar el grado o nivel de protección que le corresponde a cada creación.

La apreciación del arte es subjetiva, por lo que no puede haber un consenso sobre el valor o calidad de ciertas creaciones. Por ejemplo, para muchos Miró fue uno de los grandes pintores del s. XX, pero para otros su obra genera una opinión desfavorable, considerándola meras manchas en forma de puntos y rayas.

Los jueces son peritos en derecho, no en arte, por lo que es extremadamente peligroso dejar en su poder (o en el de las autoridades administrativas) la decisión sobre la calidad, y consecuente protección, de las obras. Ni siquiera los peritos en arte pueden dar una opinión objetiva sobre el particular, despojada de gustos, adscripciones a corrientes o teorías estéticas, prejuicios y otros subjetivismos.

Así las cosas, el someter la protección de las obras al requisito de tener cierta calidad o mérito, abre la puerta a múltiples arbitrariedades. Por eso, nos advierten Cornish y Llewelyn que en ningún sistema se reservan los derechos de autor sólo para las obras que superan la prueba del mérito estético²⁵⁵. En este sentido, es generalmente aceptado por la doctrina²⁵⁶ que el mérito de la obra no es factor para su tutela²⁵⁷. Esto lo encontramos claramente plasmado en el a. 5° de nuestra LFDA:

Artículo 5°.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, *independientemente del mérito*, destino o modo de expresión. (Énfasis añadido).

De esta manera quedan protegidas, por ejemplo, en el sector literario, desde las grandes novelas como *El señor de los anillos* de Tolkien o *Cien años de soledad* de García Márquez, hasta obras que se suelen calificar de “menores”, como instructivos, cartas²⁵⁸, diarios, folletos publicitarios, etc. A este tipo de “creaciones menores” se le ha llamado

²⁵⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 403.

²⁵⁶ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 60 y 61; Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 11 y 164; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168; Bertrand, Lise, *op. cit.*, nota 242, p. 198; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 15; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 6; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 67; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 27; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 113.

²⁵⁷ Claramente nos dice Saiz García que “el concepto de obra es un concepto normativo que excluye cualquier tipo de juicio estético” y que el derecho de autor “protege a cualquier autor –incluso al ‘peor’ meritoriamente hablando– y no sólo a aquéllos que lo son de obras que revelan la calidad de autores consagrados”. Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 113 y 114.

²⁵⁸ Para mayores reflexiones sobre la protección de las cartas por derechos de autor, *cfr.* Caballero Leal, José Luis, “Régimen legal de las cartas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002, p. 33; y Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, pp. 254 a 259.

kleine Münze (morralla o monedas de baja denominación)²⁵⁹, y el derecho autoral no les niega protección, siempre y cuando cumplan con los requisitos de originalidad y fijación (únicos que exige la LFDA, como ya vimos).

3.4.3.- *El destino.*

También resulta irrelevante el destino, finalidad o propósito de las obras²⁶⁰. Poco importa si la obra fue creada con el fin de estremecer los sentimientos del público, de mantenerse inédita (como un diario íntimo), de difundir cierta información científica o para vender algún producto. Es acertada la afirmación de Delia Lipszyc²⁶¹ en el sentido de que es irrelevante el fin cultural o utilitario que pudiera tener una obra.

En este sentido, también es muy clara la LFDA, pues en su citado a. 5° se establece que la tutela de las obras es independientemente de su *destino*. Incluso, el catálogo de obras protegidas contenido en el a. 13 de esa ley, incluye expresamente creaciones de carácter utilitario, como la arquitectura (fr. VIII), los programas de computación (fr. XI), y muy especialmente, las “obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil” (fr. XIII).

Esto significa que, desde el momento mismo de su fijación, están protegidas por derechos de autor las llamadas “obras de arte aplicadas a la industria”²⁶², y que nuestro país adopta la teoría de la unidad del arte²⁶³. Según esta teoría, el arte es uno, por lo que no se puede diferenciar entre arte puro y arte aplicada a la industria:

En efecto, la teoría de la unidad del arte se basa, como ya sabemos, en una determinada concepción del arte: el arte es uno, no cabe distinguir entre “arte puro” y “arte industrial” (arte aplicada a la industria o dibujo u modelos industriales). Según esta teoría, toda creación de forma en la que se manifieste la personalidad de su autor, sea cual fuere su valor o destino, pertenece al dominio del arte y es protegida por la legislación sobre Propiedad Artística y Literaria²⁶⁴.

²⁵⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 163; y Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 110.

²⁶⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 60; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168 (quien incluso nos recuerda que es irrelevante si la obra fue creada por encargo); Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 16; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 27.

²⁶¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 67.

²⁶² Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 17.

Lipszyc nos explica: “Una creación puede ser una obra artística y, al mismo tiempo, cumplir una función utilitaria o una función ornamental en una cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas en escala industrial”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

²⁶³ Rangel Ortiz, David A., “La protección del arte aplicado en la legislación autoral mexicana” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, pp. 138 y 152; Tapia Guzmán, Patricia Marisol, *op. cit.*, nota 233, pp. 80 y 83.

²⁶⁴ Otero Lastres, José Manuel, *El modelo industrial*, Madrid, Montecorvo, 1977, p. 109.

La teoría de la unidad del arte fue formulada en la Francia del s. XIX por Eugène Pouillet. Sobre las ideas de tal jurista, Otero Lastres nos refiere: “El arte no tiene límites; no cabe distinguir entre el arte propiamente dicho y el arte industrial. Por eso, a su modo de ver, debería asimilarse pura y simplemente el dibujo o modelo industrial al dibujo o modelo artístico y conferirles una misma protección”. *Ibidem*, p. 76.

De igual forma, Colombet nos indica que “el principio de la unidad del arte, que implica que mediante el derecho de autor sean protegidas las obras de arte, independientemente de su destino –arte puro o artes

La consecuencia de adoptar la teoría de la unidad del arte, es que se presenta dentro de nuestro ordenamiento jurídico el fenómeno conocido como “protección acumulada”²⁶⁵, por virtud del cual la LFDA protegerá, inmediatamente desde el momento mismo de su fijación, todo dibujo o creación tridimensional originales; y si a esas obras se les pretende dar determinados usos industriales o comerciales, pueden beneficiarse, además, de la protección que conceda la LPI, ya sea por vía de diseños industriales²⁶⁶, ya por la vía de las marcas²⁶⁷. Esto, en principio, puede beneficiar al autor o titular derivado, al tener la posibilidad de una doble protección o protección acumulada; pero también puede ocasionar conflictos, cuando sobre la misma obra alguien es titular de los derechos de autor y otra persona es titular de derechos derivados de la legislación industrial.

aplicadas a la industria— ha sido adoptado en la mayoría de los países del mundo”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 16.

La teoría de la unidad del arte surgió en Francia como una respuesta ante la interrogante de cómo se protegían los dibujos y modelos industriales: ¿a través de la ley de 1793 sobre propiedad artística y literaria o por medio de la ley de 1806 (que originalmente protegía dibujos sobre seda, pero después se aplicó a todo tipo de dibujo industrial y a los modelos industriales)? Además de la teoría de la unidad del arte, se elaboraron muchas otras teorías para contestar esa pregunta: la del modo de reproducción, la del destino de la obra, la del carácter accesorio del dibujo o modelo, la de la cualidad de las personas, y la del carácter artístico de la obra. Pero al final, la teoría que prevaleció, fue la de la unidad del arte. *Cfr.* Otero Lastres, José Manuel, *op. cit.*, nota 264, pp. 67 a 89.

²⁶⁵ “Por el principio de la unidad del arte se ha admitido que las obras de arte aplicadas pueden gozar, a la vez, de las protecciones del derecho de modelos y diseños industriales (sic) y del derecho de autor. A este último no le interesa el destino de la obra, es decir, si está destinada exclusivamente a fines artísticos o culturales o si también pueda ser aplicada para satisfacer fines utilitarios”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

Asimismo, *vid.* Cruz Saldivar, Erwin Carlos, “El diseño y su protección acumulada en la propiedad intelectual”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 5, núm. 8, enero-junio 2009, pp. 229 y ss.

²⁶⁶ Como se desprende del a. 32 de la LPI, los diseños industriales se clasifican en: dibujos industriales (si son bidimensionales) o modelos industriales (si son tridimensionales). Lo que se protege en estos diseños son sus aspectos estéticos o arbitrarios y no sus aspectos técnicos o funcionales, como sucede en las patentes y en los modelos de utilidad (*cfr.* a. 31 de la LPI).

Sobre los alcances y la clasificación de los diseños industriales, *cfr.* Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 43.

²⁶⁷ Los dibujos o formas tridimensionales que se usan en el mercado para distinguir productos o servicios (marcas innominadas, tridimensionales o mixtas), además de ser obras protegidas por derechos de autor, pueden generar ciertos derechos a un empresario por su uso o, incluso, concederle la exclusividad en su uso para ciertas clases de productos o servicios si son registradas ante el IMPI (*vid.* aa. 87 a 90 de la LPI).

Sobre la protección acumulada por los estatutos de derechos de autor y de marcas, *cfr.* Díaz Oquendo, Rafael A., “Anotaciones sobre la protección acumulada: la obra y la marca en el régimen comunitario andino”, Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, www.coladic.org, septiembre de 2007, pp. 11 y ss; y Cruz Saldivar, Erwin Carlos, *op. cit.*, nota 265, pp. 233 y ss.

La OMPI ya ha prestado atención al fenómeno de la protección acumulada entre los derechos de autor y las marcas, estableciendo que es necesario celebrar contratos con el ilustrador que crea una marca (ya sea de cesión, licencia o encargo de obra, según el país de que se trate) para evitar conflictos, dado que los derechos de autor nacen por registro y/o uso del signo (según el país) mientras que los derechos de autor aparecieron previamente desde el momento de la creación o fijación de la obra (según el país). *Cfr.* “Las marcas y sus vínculos con las obras literarias y artísticas”, Ginebra, documento preparado por la Secretaría, OMPI, Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas, decimosexta sesión, 13 a 17 de noviembre de 2006, pp. 19 y 20.

3.4.4.- *La forma de expresión.*

Asimismo, no importa la forma en que se expresa la obra²⁶⁸. Es irrelevante si ella se escribió en papel o en una computadora, si se dibujó en un lienzo o en una servilleta, si se filmó en 35 mm. o en formato digital.

Esto también se encuentra contemplado en la LFDA, dentro del a. 5°, el cual señala que la obra se protege independientemente de su forma de expresión. Por tal razón, el advenimiento de la tecnología digital no significó mayor cuestionamiento de fondo sobre si las obras creadas con medios digitales estaban protegidas, pues al ser irrelevante la forma de expresión, es evidente que sí están protegidas.

3.4.5.- *La no conclusión de la obra.*

Otro criterio irrelevante que se destaca por la doctrina es la terminación de la obra²⁶⁹. Esto en atención a que las obras se protegen desde el momento en que se exteriorizan, y en muchas su proceso de creación es de tracto sucesivo; sin embargo, desde el momento mismo en que la obra reviste características de originalidad (y se fija en un soporte material) está protegida, no importando si posteriormente se le hacen adiciones, supresiones o cambios a lo ya creado. Es así que se protegen borradores, bosquejos, planos, pruebas, maquetas, tratamientos, bocetos, proyectos, etc.; por ejemplo, aunque de todo un libro se haya escrito sólo una página, esa página ya está protegida desde el momento de su fijación, y si posteriormente se van escribiendo más páginas, la protección se irá ampliando a esas nuevas partes de la obra, pero no se puede pensar que la protección a la primera página está condicionada a la conclusión de la obra.

Aunque algunas leyes, como la LFDA, no señalan expresamente la irrelevancia de la no conclusión de la obra para efectos de su protección, se llega a ese resultado si tomamos en cuenta que se trata de un criterio ajeno a la originalidad y a la fijación, y por lo tanto, intrascendente para efectos del nacimiento de derechos de autor.

3.4.5.- *La ilicitud del contenido de la obra.*

Dado que la ilicitud es un criterio diverso a la originalidad y a la fijación, las obras contrarias a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres se encuentran protegidas por derechos de autor.

Esto pudiera sonar chocante a primera vista, pero mejor analizadas las cosas, se aprecia que los derechos de autor no son ajenos al fenómeno de la ilicitud del contenido de las obras; lo que sucede es que la ilicitud no afecta el *nacimiento* de los derechos de autor (que es lo que ahora estamos estudiando), sino su *ejercicio*.

²⁶⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, pp. 123 y 124; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarró, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, pp. 209 a 211.

²⁶⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 162 y 163; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 271.

Efectivamente, los derechos de autor nacen desde el momento en que las creaciones son fijadas en un soporte, y siempre cuando tales creaciones revistan carácter original. Sin embargo, si el contenido de la obra es ilícito²⁷⁰, los derechos de autor ya nacidos son restringidos o limitados en cuanto a su ejercicio; y esa restricción durará hasta el momento en que el contenido deje de ser contrario a derecho. El jurista venezolano, Ricardo Antequera Parilli, reconoce que la ilicitud no se traduce en ausencia de derechos de autor:

Otra cosa es que disposiciones de orden público restrinjan, en determinadas situaciones, la circulación de los ejemplares o la comunicación pública considerada a la moralidad o al interés general, como un límite al derecho de explotación²⁷¹.

De igual forma, Rodrigo Bercovitz afirma:

Es cierto que a veces la difusión de lo inmoral puede estar prohibida e incluso sancionada penalmente. En tal caso, se ha señalado correctamente que la protección de la obra queda reducida, en la medida en la que el autor (o su causahabiente) podrá oponerse a su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, pero en cambio no podrá el mismo realizar semejantes actuaciones total o parcialmente²⁷².

Por ejemplo, si en la época de creación de una obra existe un tipo penal que la califica de ilícita, y posteriormente es derogado el tipo, no puede considerarse que los derechos de autor nacieron con el decreto derogatorio; en realidad, el principal efecto de ese decreto es darle licitud a la difusión de la obra y levantar la restricción a la explotación de la obra, más los derechos de autor (aunque limitados en su ejercicio) nacieron desde el momento mismo en que la obra fue fijada.

Con esto terminamos los criterios irrelevantes para la protección de las obras, por lo que ahora tocaremos algunos puntos relativos al alcance de la protección sobre las obras.

3.5.- La dicotomía “expresión/contenido”: la no protección de las ideas.

El ámbito protector de los derechos de autor es limitado, en tanto sólo tutelan ciertos aspectos de las obras, más no su totalidad. El principal elemento que nos va a servir para determinar qué queda excluido de la protección autoral, es la dicotomía “expresión/contenido” de la que deriva el llamado “principio de no protección de las ideas”²⁷³.

Explica con claridad Colombet:

El derecho de autor es una construcción jurídica destinada a proteger la creación de formas; una regla universal descansa sobre la distinción entre la forma y el contenido; la propiedad literaria y artística excluye las ideas de su campo de aplicación y sólo toma en cuenta la forma en que éstas se expresan o componen²⁷⁴.

²⁷⁰ Según el a. 1830 del CCF: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

²⁷¹ Antequera Parilli, Ricardo, *Derecho de autor*, Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, t. I, p. 132.

Cfr. en igual sentido, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 692.

²⁷² Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168.

²⁷³ También conocido como dicotomía “idea/expresión” o, en inglés, “*idea/expression divide*”.

²⁷⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 10 y 9.

Es muy común que se suele pensar que los derechos de autor protegen las ideas²⁷⁵, y por lo mismo, es harto frecuente considerar que el primero que tiene cierta idea o descubre algo adquiere derechos sobre esa información. Sin embargo, ese no es el verdadero alcance de los derechos de autor²⁷⁶.

Una norma elemental en el derecho de autor es aquella que nos dice que los derechos de autor no protegen las ideas, sino únicamente la *forma* en que son expresadas (el ropaje que toman, como se suele decir metafóricamente). De tal manera, lo que se protege es la *expresión personal* que un autor hace de una idea, pero no la idea en sí misma, la cual que puede ser tomada por otro autor y ser expresada en forma diferente, cuestión que no implica violación a los derechos autorales del primer creador, pues los mismos no le permiten controlar las ideas.

En dicho sentido, señala Saiz García:

A estos efectos se señala el inusual nivel de consenso que existe en la doctrina y jurisprudencia de todo el mundo sobre la cuestión de que la idea como tal no es susceptible de protección. Dicha susceptibilidad de apropiación privativa supondría una paralización del progreso cultural de una civilización²⁷⁷.

De igual forma, Lipszyc nos indica:

Desde los albores de la materia, existe una coincidencia generalizada en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra. Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aún cuando sean novedosas²⁷⁸.

Existe un amplio consenso, tanto en la doctrina extranjera²⁷⁹ como en la nacional²⁸⁰, respecto a la no protección de las ideas en materia de derechos de autor.

²⁷⁵ Por ejemplo, incurre en este error Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, pp. 675, 677 y 678.

²⁷⁶ Este error es muy común entre quienes hacen análisis económico del derecho. Como muestra, véase la siguiente afirmación de Cooter y Ulen, en cuanto a que hay “leyes que crean derechos de propiedad sobre las ideas”, incluyendo las de *copyright*. Cfr. Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. Eduardo L. Suárez, México, 2a. reimp., FCE, 2002, p. 169.

²⁷⁷ Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 147 y 148.

²⁷⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 62.

²⁷⁹ Por ejemplo, Colombet afirma: “La idea como elemento conceptual no es objeto de apropiación del derecho de autor, ya que sería peligroso que una persona se dijese propietaria de sus ideas. En efecto, se sanciona severamente el derecho de autor que crea un monopolio a favor del creador, porque se considera intolerable el hecho de tutelar las ideas; las creaciones podrían verse obstruidas al tener que solicitar la autorización de los pensadores: por ejemplo en el campo de la ciencia, sería difícil al acceso a los avances del progreso si se exigiera la aprobación de los científicos, cuyas ideas hubieran sido la base de los descubrimientos”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 10.

El jurista ecuatoriano, Agustín Grijalva, apunta que “el derecho de autor no protege las ideas sino su forma de expresión. Es decir, protege la *forma original* en como tal o cual poeta, cineasta o pintor ha expresado materialmente esas ideas”, añadiendo que tal “limitación del derecho de autor a la protección de la forma y no de las ideas es perfectamente comprensible. El conocimiento es no sólo un proceso individual, subjetivo, sino, obviamente, también social; la monopolización de las ideas, en el supuesto de ser posible, inhibiría totalmente el desarrollo científico, artístico y cultural”. Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 15.

De igual forma, el catedrático estadounidense, Paul Goldstein, nos dice: “Copyright law, reluctant to permit ‘a monopoly of the ideas expressed’, has developed the rule that copyright cannot be accorded to an idea but only to an expression”, por lo que “(the) use of a creator’s expressions constitutes infringement, while the use of his ideas does not”. Goldstein, Paul, “Copyright and the first amendment” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 439.

Ernesto Rengifo, autoralista colombiano, indica: “El gran límite, en cuanto al alcance de la protección que otorga el derecho de autor, está delimitado por este principio –quizá el más importante–, según el cual lo que se protege es la forma en la cual el trabajo es expresado, más no las ideas o la información contenida en la creación”, agregando que lo que se busca es “limitar el alcance de la protección, porque mal podría el legislador permitir que las ideas, de las cuales depende el desarrollo cultural y científico de los pueblos, fuesen objeto de apropiación privada. Bien se ha sostenido que el régimen de derecho de autor busca lograr un punto de equilibrio entre el interés privado de los autores y el interés general de la comunidad en participar libremente en la vida cultural de la sociedad, en disfrutar de las artes y en compartir el avance científico y sus beneficios”. Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 94 y 95.

El abogado argentino, Miguel Ángel Émery, establece: “El objeto de la propiedad intelectual no es la idea abstracta, sino la forma original que el autor ha adoptado para expresarla”, indicando que: “Ésta es una premisa fundamental en materia de derechos intelectuales, no obstante lo cual, como sucede con muchos aspectos del tema en cuestión, no estaba lo suficientemente difundida. Así, ha habido con frecuencia imprecidentes acusaciones de plagio entre autores que desarrollan temas parecidos, o reclamos infundados de protección por parte de quienes depositan en sobre cerrado y con carácter inédito el bosquejo de ideas literarias y científicas, o sistemas de mera aplicación práctica, y luego pretenden su amparo”. Emery, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, Buenos Aires, 2a. reimp., Astrea, 2003, p. 12.

Por su parte, Henry Jessen afirma: “El objeto del derecho no es la idea abstracta, que es de dominio común, sino la forma mediante la cual el autor la revela al público”. Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 62.

Mario Are indica: “Si afferma in giurisprudenza e da buona parte della dottrina che le ‘idee’ siano escluse dall’ambito di tutela del diritto di autore”. Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 77 y 78.

Por lo que hace a la doctrina española, Espín Alba dice: “Es lugar común en la doctrina hablar de que se protege únicamente la forma y nunca las ideas. En otras palabras, lo que las normas del derecho de autor buscan amparar es una creación original plasmada en una forma, y no las ideas”, de forma que “el principio de la exclusión de las ideas aparece como un punto pacífico del derecho de autor, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, pp. 94 y 95.

En el mismo tenor, *cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 46 a 49; Barzallo, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL / Universidad Andina Simón Bolívar, s/f, pp. 159 y 160; Bertrand, Lise, *op. cit.*, nota 242, p. 197; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Chico Ortiz, José María, “Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, año LXIV, núm. 584, enero-febrero 1988, p. 108; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 9; Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 227, p. 4; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 28; Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 227, pp. 34 y 35; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 69; Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 13, pp. 12 y 13; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 23; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, p. 16; y Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 156 a 159.

²⁸⁰ En nuestra doctrina, ya desde 1966, Arsenio Farell explicaba que, aunque muchos creen que los derechos de autor protegen ideas, eso está alejado de la verdad, pues las ideas “por su propia naturaleza, no son privativas de nadie, sino que tienden a difundirse y propagarse, no siendo, por lo mismo, susceptibles de establecerse sobre ellas un derecho de apropiación, de igual modo que no podemos apropiarnos los elementos comunes que nos brinda la naturaleza. La idea pertenece, pues, a la comunidad, y su autor no hace más que captarla y darle forma sensible”. Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 76.

José Luis Caballero Leal afirma que “el derecho de autor no ampara las ideas, sino únicamente las creaciones formales”. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 3.

El profesor Domínguez Martínez, al tratar el tema de la no protección de las ideas por los derechos de autor, indica que “las ideas, por el contrario, no pueden permanecer y de hecho no permanecen en la exclusividad del sujeto creador, pues ello ni es de la naturaleza del género humano que procura exteriorizar sus ideas para hacerlas valer y servir de fuente para otras, ni tampoco permitiría una evolución franca en el progreso científico de la humanidad”, por lo que “en una actitud de reconocimiento general, motivada por la

Por ejemplo, únicamente existen 36 situaciones dramáticas básicas y 36 emociones (miedo, amor, odio, compasión, tristeza, etc.), por lo que es imposible crear una novela que no repita ideas de otras, que no repita un conflicto humano tratado previamente por diverso autor²⁸¹. Inclusive, existen estudios que demuestran que la mayor parte de los mitos, cuentos de hadas y narrativas semejantes, cuentan con la misma estructura básica (separación-iniciación-retorno) y tienen en común muchos otros elementos (incluyendo diversas etapas de la trama), lo que ha llevado a hablar de un “monomito”, común en las culturas de este planeta y arraigado en la psique de los individuos²⁸².

De igual forma, un libro de texto sobre derecho constitucional retomará básicamente las mismas ideas contenidas en otros escritos previos, sin que los autores anteriores puedan impedir esto porque no tienen derechos sobre sus ideas. Asimismo, si un científico elabora un teoría y publica un libro explicando sus ideas, sólo tendrá derechos de autor sobre la forma personal en que plasmó esas ideas (su redacción), pero no tendrá derechos sobre su teoría (sobre las ideas contenidas en el libro), por lo que dichas ideas podrán ser utilizadas, criticadas, explicadas, modificadas, etc. por otros autores.

Así las cosas, debe considerarse que las ideas forman parte del dominio público²⁸³. Además, cabe destacar que no sólo se pueden usar las ideas puras, sino también varios elementos de obras ajenas, como los hechos aislados, los temas, el estilo, el sistema, el método, etc²⁸⁴.

De este modo, se intenta dejar las ideas en el universo del dominio público, accesibles a cualquier usuario, asegurando, por lo tanto, el tráfico de los bienes culturales de carácter general, ya que la libre circulación de ideas es una garantía de progreso cultural a través de la difusión del saber.

Así, aunque la exclusión de las ideas, aparentemente, sea una restricción al derecho de autor, pues se disminuye el número de obras bajo su protección, acaba en realidad siendo un factor de estímulo del

solidaridad que al efecto debe haber en todos los hombres, las ideas pertenecen a toda una colectividad”. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 211, p. 454.

De igual forma, Guerra Zamarro afirma: “En otras palabras, se protege la expresión de las ideas, y no las ideas por sí mismas, ni tampoco la forma en que pudieran utilizarse dichas ideas”. Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 7.

Cfr. también Herrera Meza, Humberto Javier, *op. cit.*, nota 233, pp. 20, 49 y 57; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, pp. 224 y 225; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 120.

²⁸¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 62 y 63.

El profesor Goldstein nos indica que las ideas en una obra son, por ejemplo, la trama subyacente, el tema o la concepción. Cfr. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 279, p. 438.

²⁸² Campell, Joseph, *El héroe de las mil caras. Psicoanálisis del mito*, trad. Luisa Josefina Hernández, México, 10a. reimp., FCE, 2006, pp. 35 y 40.

En esta obra, Joseph Campell, influenciado por las aportaciones de Jung sobre los arquetipos, halla básicamente la misma historia y rasgos definitorios en diversos mitos, religiones y leyendas, de ahí que encuentre un monomito y que su protagonista sea, en cada caso, el mismo héroe pero con un rostro diverso (un héroe con mil caras), como sería el caso de Prometeo, Jasón, Eneas, Buddha, Moisés, Tezcatlipoca, Huang Ti, Jesús de Nazareth, Mahoma, etc. Cfr. *Ibidem*, pp. 11 a 49.

De hecho, los elementos básicos del monomito están presentes en obras más recientes, como los libros de las series *El Señor de los Anillos* y *Harry Potter*, o las sagas cinematográficas de *La Guerra de las Galaxias* y *Matrix*.

²⁸³ Samuelson, Pamela, “Mapping the digital public domain: threats and opportunities” en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain. Collected papers*, EUA, Center for the Public Domain, 2003, p. 151.

Para más detalles sobre el dominio público, *vid. infra* el apartado 5.2.4 del presente capítulo.

²⁸⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 63.

mismo, pues fortalece el valor de las obras protegidas. Además, con la posibilidad de acceso de todos a las ideas se fomenta la creatividad²⁸⁵.

De hecho, la dicotomía expresión/contenido no se limita únicamente a excluir del ámbito de protección de los derechos de autor a las ideas propiamente dichas, sino como regla general, a *todo tipo de información*, sea esta objetiva (datos, hechos y noticias) o subjetiva (opiniones o ideas en estricto sentido)²⁸⁶.

Por lo tanto, tampoco están protegidos por derechos de autor los datos en sí mismos, hechos, acontecimientos, noticias y, en general, todo tipo de información objetiva^{287, 288}. Por ejemplo, cuando un acontecimiento noticioso es cubierto sólo por un periodista, tal sujeto no adquiere ningún derecho sobre esa información, la cual puede ser retomada por otros periodistas (o cualquier persona) y ser redifundida, sin que el primer periodista se pueda oponer; en realidad, ese informador tendrá derechos de autor sobre su nota, pero únicamente en lo relativo a su redacción, es decir, su personal forma de expresión, pero no en cuanto a la información (datos) que contiene; de manera que sólo habría violación a derechos de autor cuando otro usa la misma forma de expresión que el periodista, pero no cuando lo que se toma es la información y se le da otra forma de expresión.

Asimismo, la no protección de la información implica que tampoco está tutelado el uso o beneficio que le pudiera resultar al usuario de la información, incluyendo su aprovechamiento industrial o comercial.

Esta dicotomía expresión/contenido, que abarca información objetiva y subjetiva, está contemplada expresamente en varias fracciones del a. 14 de la LFDA:

Artículo 14.- No son objeto de la protección como derecho de autor a que se refiere esta Ley:

- I.- Las ideas en sí mismas, las fórmulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principio, descubrimientos, procesos e invenciones de cualquier tipo;
- II.- El aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras;
- III.- Los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios;
- (...)
- IX.- El contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión, y

²⁸⁵ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 95.

²⁸⁶ Sobre esta clasificación de la información, *cfr.* López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa / IIJ-UNAM, 1984, pp. 162 y 163.

²⁸⁷ Bercovitz indica que “las ideas y la información, como tales, son de libre utilización desde el punto de vista del derecho de autor”. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 2: La obra” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 58.

Por su parte, Leaffer explica: “copyright law does not preclude others from using ideas or information revealed in an author’s work. (...) Ideas, discoveries, principles and facts are freely accessible to the public”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 242, p. 78.

Igualmente, Murray afirma: “All facts –scientific, historical, biographical, and news of the day– belong to the public domain and are available to every person”. Murray, Michael, “Copyright, originality, and the end of the scènes à faire and merger doctrines for visual works”, Illinois, Research paper 06-09, Illinois public law and legal theory research paper series, 2006, pp. 10 y 11.

²⁸⁸ Lo que no significa que algunas informaciones no puedan estar protegidas contra su difusión no autorizada, lo que puede suceder conforme al régimen jurídico de la intimidad, del secreto empresarial, del secreto financiero, de los datos personales, de la competencia desleal, del secreto profesional (incluyendo el secreto periodístico), de las patentes y modelos de utilidad (en algunos momentos), etc., pero no a través de los derechos de autor.

X.- La información de uso común tal como los refranes, dichos, leyendas, hechos, calendarios y escalas métricas²⁸⁹.

En cuanto al ámbito internacional, si bien el Convenio de Berna no contempla expresamente la dicotomía expresión/contenido²⁹⁰, otros tratados más modernos sí lo hacen, como por ejemplo el TODA en su a. 2°:

Artículo 2°.- *Ámbito de la protección del derecho de autor.* La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

Mismo texto puede encontrarse en el a. 9.2 del ADPIC.

Desde nuestro punto de vista, y a reserva de profundizar sobre este puntos en los capítulos posteriores, la dicotomía expresión/contenido es una de las formas (que no la única) para compatibilizar los derechos de autor con el derecho a la información²⁹¹, ya que al no tutelar la información (objetiva o subjetiva) contenida en las obras, los derechos de autor no pueden servir, en principio, para impedir a otros el uso de esa información.

En términos similares, y en un estudio clásico publicado originalmente en 1970, el profesor Melville B. Nimmer, experto tanto en *copyright* como en libertad de expresión, estima que la dicotomía idea/expresión (como más comúnmente se le denomina en EUA), por virtud de la cual no se protegen las ideas *per se* de un autor, implica un equilibrio entre el *copyright* y las exigencias de la libertad de expresión. En efecto, este autor considera que la no protección de las ideas no ha impedido la creación de obras y que no hay pruebas de que proteger las ideas aumentaría el número de obras creadas, más bien al contrario, si los autores no pudieran construir con base a las ideas de sus predecesores, los procesos creativos se verían sofocados (y no se cumpliría el propósito del *copyright*: promover la creación de obras); por lo tanto, la dicotomía idea/expresión es congruente con los fines del *copyright*. Pero a decir de tal jurista, también lo es con los propósitos de la libertad de expresión, cuyo objetivo primordial es mantener el diálogo democrático, de manera que lo importante es estar expuestos a las ideas y no a sus formas particulares de expresión; por lo que los ciudadanos deben ser libres para diseminar las ideas de tal o cual autor (ya sea para

²⁸⁹ El a. 14 de la LFDA también excluye de protección autoral a otro tipo de cuestiones, como los nombres; los textos legislativos, reglamentarios, administrativos y judiciales; las frases y títulos aislados; los formatos y formularios en blanco; y con una influencia de la legislación marcaria (criticable en cierta medida) también se excluye de protección a las letras, dígitos y colores aislados; así como a las reproducciones o imitaciones *no autorizadas* de escudos, banderas o emblemas.

²⁹⁰ Hay autores, como Antequera Parilli, que afirman que el Convenio de Berna descarta la protección de las ideas, cuando en su artículo 2.1 establece que las obras se protegen “cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, y decir de ese jurista, la referencia a la “forma de expresión” se traduce en una exclusión de protección de las ideas. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 45.

Una interpretación parecida hace Ficsor, quien considera que en el Convenio de Berna la palabra “work” implica que no se protegen las ideas. *Vid.* Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 457.

²⁹¹ Por “derecho a la información” no entendemos su concepción restringida al derecho de acceso a la información pública, sino su concepción amplia que abarca el derecho a buscar, recibir y difundir todo tipo de información, que es lo que tradicionalmente se entiende como libertad de expresión. *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental” en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 162 y 163; e *infra* el apartado 10.1 del capítulo cuarto.

promoverlas o para criticarlas), para lo que no se requiere reproducir sin autorización sus obras; basta que cada quien tome esas ideas y las difunda con expresión propia²⁹².

Como una variación de la dicotomía expresión/contenido encontramos la “doctrina de la fusión”²⁹³, según la cual, si una idea está unida inseparablemente a cierta expresión, se considera que se han fundido la idea y la expresión, cosa que sucede cuando solo hay una (o pocas) formas de expresar una idea²⁹⁴. En estos casos, no se protegería la forma de expresión, pues eso se traduciría en una monopolización de la idea²⁹⁵.

Un complemento a la doctrina de la fusión es la doctrina *scènes à faire*²⁹⁶. De acuerdo con esta última, cuando estamos ante ciertos temas, historias o géneros, nos encontraremos frente a determinados incidentes, motivos, escenas, clases de personajes o ambientaciones que no pueden dejar de ser usados para tratar esos temas²⁹⁷. De ahí que *scènes à faire* signifique “escenas que deben realizarse”, es decir, una especie de reservas o herramientas creativas comunes que no se consideran objeto de protección en tanto no son monopolizables²⁹⁸.

De esta forma, se puede apreciar que la dicotomía expresión/contenido y sus derivados (doctrinas de la fusión y de las *scènes à faire*), limitan el objeto de protección los derechos de autor y dejan diversos aspectos de las obras libres para la utilización de todos.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto que la dicotomía expresión/contenido es un primer elemento que ayuda a evitar colisiones entre los derechos de autor y el derecho a la información, hay que señalar que existen otros elementos en la regulación autoral que también sirven a ese fin, como por ejemplo, la duración limitada de los derechos de explotación, el agotamiento de la facultad de distribución (*first sale doctrine*)²⁹⁹, e, incluso, las restricciones al derecho de explotación (las que analizamos a fondo en el capítulo cuarto del presente trabajo).

Empero, la mencionada dicotomía expresión/contenido presenta ciertos defectos que pueden afectar su aplicación práctica, siendo el principal de estos, la dificultad que a veces

²⁹² Nimmer, Melville B., “Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, pp. 432 y 433.

Para Nimmer existen otros dos propósitos de la libertad de expresión: ser una válvula de seguridad contra la violencia y ser un instrumento de realización personal (posibilidad de expresarse de las personas). Sobre la relación entre este último propósito y el *copyright*, el citado autor nos dice: “One who pirates the expression of another is not engaging in *self-expression* in any meaningful sense”. *Ibidem*, p. 434.

²⁹³ Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 15.

²⁹⁴ Ocasio, Sandro, “Pruning paracopyright protections: why courts should apply the merger and *scènes à faire* doctrines at the copyrightability stage of the copyright infringement analysis”, *Seton Hall circuit review*, EUA, vol. 3, núm. 1, otoño 2006, p. 307.

²⁹⁵ Clayton, Lewis R., “The merger doctrine”, *The national law journal*, EUA, 6 de junio de 2005, p. 1; Newman, Jon O., “New lyrics for an old melody: the idea/expression dichotomy in the computer age”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 19, núm 3, 1999, p. 702.

Sobre el particular, concide también Edward Samuels, quien además explica que dicha doctrina implica que, en los casos en que se invoca esta defensa, aquel que reclama violación a sus derechos de autor debe probar que la idea es susceptible de expresarse de otras formas. *Cfr.* Samuels, Edward, “The idea-expression dichotomy in copyright law”, *Tennessee law review*, EUA, Universidad de Tennessee, núm. 56, 1989, p. 383.

²⁹⁶ Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 22.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 309; y Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 4.

²⁹⁹ Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 405.

La figura del agotamiento de dicha facultad la explicamos *infra* en el apartado 5.2.2.2 del presente capítulo.

se presenta para distinguir la expresión del contenido³⁰⁰. Coincidimos con Clayton en que no hay un *test* exacto para separar las ideas de la expresión y en que es probable que nunca lo exista³⁰¹, lo que no es óbice para que existan ciertas metodologías para dilucidar la cuestión.

Por ejemplo, en los EUA es muy aplicada la prueba de las abstracciones o patrones, desarrollada por el juez Learned Hand en el caso *Nichols v. Universal Pictures Corp.* de 1930³⁰². Dicho juzgador advierte la dificultad que en ciertos casos existe para distinguir entre ideas y expresión, estableciendo que las obras tienen ciertos niveles progresivos, de manera que el nivel más “concreto” es lo que protege el *copyright*, mientras que el nivel más abstracto es sólo una idea, por lo que no está protegida; sin embargo, no sólo se tutela la obra en su nivel más concreto, sino también en algunos de los niveles abstractos superiores, pero sin llegar a los niveles más altos de abstracción que es donde se encuentran las ideas³⁰³. Se puede resumir esto señalando que, entre más abstracción exista, hay menos impronta de la personalidad.

El hecho de que, muchas veces, es difícil de distinguir las ideas de la expresión y de que no queda muy claro hasta dónde llega la protección de los derechos de autor³⁰⁴, ha llevado a considerar que la dicotomía expresión/contenido es inservible (en particular para salvaguardar el derecho a la información)³⁰⁵. Sin embargo, hay que decir que, como reconoció el juez Learned Hand, existen casos fáciles y casos difíciles de distinción entre idea y expresión, lo que nos evidencia que en los casos fáciles es plenamente aplicable la dicotomía expresión/contenido³⁰⁶, por lo que no se puede considerar que tal dicotomía sea inservible en estos casos.

³⁰⁰ Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 307.

Cfr. también, Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, p. 79.

³⁰¹ Clayton, Lewis R., *op. cit.*, nota 295, p. 2.

³⁰² Newman, Jon O., *op. cit.*, nota 295, p. 694; Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 295, p. 432; Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 307

³⁰³ Newman, Jon O., *op. cit.*, nota 295, p. 694; y Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, pp. 325 y 339 a 342.

Goldstein apunta que la distinción entre ideas y expresión, es sólo de grado. Cfr. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 279, p. 439.

³⁰⁴ Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 61.

³⁰⁵ Sostienen esta postura, por ejemplo, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, p. 22.

³⁰⁶ Por ejemplo, un asunto que fue muy sonado en los últimos tiempos fue la acusación de plagio sobre la novela *El Código Da Vinci* de Dan Brown (caso *Baigent & another v. The Random House Group Ltd.*). Se trata de una obra de ficción cuya trama gira alrededor del concepto de que Jesús y María Magdalena tuvieron una relación amorosa e, incluso, descendencia. Asimismo, existía un libro intitulado *La Santa Sangre y el Santo Grial*, escrito previamente por Michael Baigent, Richard Leigh y Henry Lincoln, en donde se pretendía demostrar históricamente la existencia de tal relación sentimental y tal descendencia.

Los coautores de *La Santa Sangre y el Santo Grial* (con excepción de Lincoln) presentaron una demanda de derechos de autor en el Reino Unido, alegando que Brown había copiado el “tema central” de la obra de los actores. El 7 de abril de 2006, el juez Peter Smith dictó sentencia y desestimó la demanda, señalando que el llamado tema central sería, en todo caso, “meramente la expresión de cierto número de hechos e ideas a un nivel muy general” (la traducción de este extracto de la sentencia es nuestra), y que los hechos históricos no pueden ser objeto de protección por los derechos de autor. Como se aprecia, el juez resolvió el caso con base a la regla de no protección de las ideas.

Ante el fallo adverso, los demandantes presentaron una apelación. El 28 de marzo de 2007, los tres jueces del tribunal de apelación confirmaron la sentencia de primera instancia. El tribunal reconoció que Dan Brown había tomado elementos de la obra *La Santa Sangre y el Santo Grial*, pero que lo que tomó eran

Por lo que hace a los casos difíciles, cabe decir que si bien la dicotomía expresión/contenido no es del todo precisa, tampoco es menos precisa que otros conceptos generales utilizados en el derecho como “culpa” o “negligencia”, respecto de los cuáles tribunales van realizando construcciones caso por caso³⁰⁷. El mero hecho de su difícil aplicación, no es justificación suficiente para renunciar a cierta institución jurídica, ni mucho menos para declararla inservible; de lo contrario, instituciones como el principio de igualdad³⁰⁸ “serían inservibles” por el mero hecho de que su aplicación para resolver ciertos casos concretos puede resultar complicada.

Lo que sí hay que reconocer, es que el alcance de la dicotomía expresión/contenido, no es ilimitado, y que por lo tanto, no nos sirve para resolver todos los casos de tensión entre el derecho a la información y los derechos de autor, sino sólo algunos³⁰⁹. Sin embargo, para intentar resolver esa tensión existen otras figuras³¹⁰, entre ellas, las restricciones a los derechos de autor³¹¹, respecto de las cuáles pretendemos más adelante analizar qué tan satisfactoriamente han cumplido con esa misión y, en su caso, cómo podrían mejorarse para alcanzar ese fin. En todo caso, para más detalles sobre las relaciones entre los derechos de autor y el derecho a la información (y las válvulas de escape que de ellas se derivan), remitimos a la lectura del apartado 10.1.4 del capítulo cuarto de la presente investigación.

proposiciones generalizadas, de un nivel de abstracción tan alto que no calificaban para protección del *copyright*, de manera que “se ubicada en el lado equivocado de la línea que existe entre las ideas y su expresión” (la traducción es nuestra). De nueva cuenta, se observa que la distinción entre ideas y expresión fue el elemento clave para resolver este asunto y, en nuestra opinión, para dejar salvaguardada la libre circulación de información y el derecho fundamental que la protege.

Las sentencias fueron obtenidas en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/719.html>, y <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/247.html>, respectivamente, diciembre de 2007.

Para mayores comentarios sobre el caso, *cfr.* Devi, Uma K., y Sim Min, Amelly Kok, “Da Vinci Code case: storm in a grial?”, *Legal insights. A Skrine newsletter*, Malasia, núm. 2, junio 2006, p. 4; y Schmidt, Luis, “Copyright and the global challenge”, *Worldfocus IP review*, Reino Unido, núm. 5, 2006, pp. 8 y 9.

³⁰⁷ Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 324.

³⁰⁸ Este es un derecho fundamental previsto en el a. 1º de nuestra Constitución y en diversos tratados en la materia. Para una visión completa del principio de igualdad en nuestro derecho, *cfr.* Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, IJ-UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 177 y ss.

³⁰⁹ Indica Masiyakurima: “The idea/expression dichotomy promotes freedom of expression by allowing users to exploit the underlying ideas in copyright works freely. However, the usefulness of this principle is circumscribed by the unmapped boundaries between ideas and their expression. The absence of a clear test for distinguishing ideas from their expression is especially evident in works where ideas and their expression are interstitially linked”. Masiyakurima, Patrick, “Fair dealing and freedom of expression” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004, p. 92.

³¹⁰ Por ejemplo, Samuels indica que la no monopolización de las ideas se logra más adecuadamente con otras instituciones de los derechos de autor que con la distinción entre ideas y expresión. *Cfr.* Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 408.

³¹¹ El profesor de la Universidad de Estocolmo, Jan Rosén, reconoce que hay ocasiones en que no basta usar sólo las ideas, de manera que es necesario usar la obra original, lo que se traduce en limitaciones a los derechos exclusivos de los autores. *Cfr.* Rosén, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 2.

4.- Sujeto de los derechos de autor.

Terminados de exponer los aspectos más relevantes del objeto de los derechos de autor, pasemos ahora a analizar el segundo elemento de la sistemática de estudio de los derechos de autor: su sujeto.

El sujeto de los derechos de autor es el *autor*³¹². Con gran acierto, la profesora Jane Ginsburg indica que los autores son el corazón de esta disciplina³¹³, es decir, el centro de la protección, como dice Silke Von Lewinski³¹⁴. En tal tónica, Perrotti también nos refiere que: “El Autor es lo primigenio y sin él no hay obra, y sin obra no hay intérprete ni negocio alguno”³¹⁵.

De hecho, la expresión “derechos *de autor*” trae un fuerte énfasis en el sujeto de la materia, lo que nos muestra el papel protagónico que juega el autor en esta disciplina. Por lo mismo, Delgado Porrás puntualiza que se habla de “derechos de autor” y no de “derechos sobre las obras”, añadiendo que:

La significación de la rúbrica comentada no es otra que la voluntad del legislador de situar en un primer plano valorativo al autor y a los intereses personales siempre presentes en su obra –proyección de su personalidad y fruto de su trabajo intelectual–. Perspectiva ésta que no sólo se ha concretado en la reglamentación del derecho moral sino que también se plasma en una peculiar organización del sistema de transmisión entre vivos del derecho de explotación (...), totalmente alejado del que rige en el tráfico de bienes, y en determinados privilegios anejos al derecho de crédito de los autores contra los cesionarios (concesionarios) de derechos de utilización económica de sus obras³¹⁶.

En los países de la corriente del *droit d’auteur* existe consenso en que sólo pueden ser autores las personas físicas, en tanto la protección jurídica deriva del hecho mismo de la creación, y las personas morales carecen de intelecto para poder crear una obra. Sobre el particular, explica con claridad Lipszyc:

Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos.

(...)

Esta consecuencia natural, prejurídica como dice Dietz, es conteste con el fundamento teórico del derecho de autor que se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes lo efectúan³¹⁷.

³¹² De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 225; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 53; Michaus, Martín, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 88; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 263.

³¹³ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1064.

³¹⁴ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 38.

³¹⁵ Perrotti, Máximo, *Creación y derechos (la creación de obras musicales, derechos que genera y su administración)*, México, Consejo Panamericano de la CISAC, 1978, p. 23.

³¹⁶ Delgado Porrás, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 26.

Para más información sobre el derecho moral *vid. infra* el apartado 5.1 del presente capítulo, sobre las peculiaridades del sistema contractual *vid. infra* el apartado 5.2.5 también de este capítulo, y sobre los derechos de simple remuneración *vid. infra* el apartado 5.3.

³¹⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 123.

Esta situación está claramente reflejada en nuestro sistema jurídico, ya que el a. 12 de la LFDA señala terminantemente:

Artículo 12.- Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

De hecho, desde la Constitución misma, es el autor quien está definido como el sujeto de protección de los derechos de autor, pues en el noveno párrafo de su a. 28, se habla de los privilegios que se concedan *a los autores*. De tal disposición, también se deriva un mandato constitucional de que el autor sea el titular *originario* de los derechos de autor, ya que el citado precepto habla de que tales privilegios se conceden, ni más ni menos, a los autores.

En cambio, en los países del *copyright*, mediante una ficción jurídica, se permite que en algunos casos las personas morales puedan ser consideradas autores³¹⁸.

En otro orden de ideas, la condición de autor trae aparejada la titularidad originaria de todos los derechos de autor³¹⁹. Esto significa que los derechos nacen en cabeza del autor, se le otorgan inicialmente a tal persona.

Respecto del derecho de explotación (y en menor medida en los derechos de remuneración) existe la posibilidad de titulares derivados, es decir, personas que, después del autor, obtengan ciertas prerrogativas sobre la obra. Dado el particular sistema de contratación autoral en México (*vid. infra* el apartado 5.2.5 del presente capítulo), se puede decir que de, conformidad con la LFDA, son titulares derivados del derecho de explotación: 1) los sucesores *mortis causa* del autor, y 2) los cesionarios en exclusiva de tal derecho.

Nuestra ley sigue estrictamente la premisa de que el titular originario del derecho de explotación (o “derecho patrimonial”, como lo llama ese ordenamiento) es únicamente el autor, como se desprende del a. 26 de la LFDA:

En el mismo tenor, Caballero Leal indica: “Por ser la obra de creación el resultado de la exteriorización del pensamiento humano, el carácter de autor sólo puede atribuirse a una persona física, dado que es la única capaz de expresar emociones, de plasmarlas en diversas formas, lenguajes y soportes materiales”. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 1.

Mientras que Martín Michaus afirma: “Se reconoce como autor a la persona física que ha creado una obra literaria y artística, lo que obedece a una vieja tradición autoralista de considerar autor a la persona física y no a personas morales”. Michaus, Martín, *op. cit.*, nota 312, p. 88.

Asimismo, *cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 30; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 212, pp. 30 y 31; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, pp. 657 y 658; Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 279, p. 107; García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 217, p. 112; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 215, p. 159; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 23; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 55; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, p. 29.

³¹⁸ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 242, p. 189.

Cfr. también Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 2; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 31.

³¹⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 126.

Cfr., asimismo, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 34; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 72; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 25; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121.

Explica José Luis Caballero: “Corresponde *siempre* al autor la titularidad originaria de todos los derechos que surgen con motivo de la creación de una obra literaria y artística” (énfasis añadido). Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 2.

Artículo 26.- El autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.

Empero, existe un sector predominante en la doctrina mexicana que considera que nuestra ley prevé casos de excepción a esa disposición, es decir, supuestos en los que se permitiría la titularidad originaria de los derechos de autor a otra persona diversa del autor, indicando que serían los casos de la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral³²⁰. Sin embargo, estimamos errada tal opinión pues las normas que se derivan de los aa. 83 y 84 de la LFDA no generan una excepción, ni derogan la regla general contenida en el a. 26, toda vez que este último dice que el autor siempre es el titular *originario* de los derechos de explotación y cualquier otra persona será titular *derivado*, mientras que los aa. 83 y 84 sólo establecen presunciones en las que el comitente o patrón se consideran *titulares* del derecho de explotación, pero nunca se dice si esa titularidad es originaria o derivada. Para que las normas de los aa. 83 y 84 derogaran la relativa al 26 se requeriría que los dos primeros numerales dijese que el comitente o el patrón, no sólo son titulares del derecho de explotación, sino que son titulares *originarios*; pero al no existir tal determinación, no hay incompatibilidad de normas, siendo plenamente aplicable el a. 26 a las obras por encargo y a las creadas bajo relación laboral³²¹, de manera que si se cumplen con los extremos de las normas correspondientes, los comitentes y patrones sí serían titulares del derecho de explotación, pero sólo titulares derivados³²². Además, la postura que ahora se critica obvia el mandato constitucional de titularidad originaria a favor de los autores (a. 28 constitucional), ignorando los derechos fundamentales de los autores³²³.

De hecho, en congruencia con nuestro marco constitucional y con la teoría general del derecho de autor, el Pleno de la SCJN (en el caso *Regalías*) ha reconocido esta titularidad originaria del derecho de explotación a favor del autor en todos los casos, al señalar que la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral únicamente establecen una presunción *de transmisión* del derecho de explotación a favor del comitente o patrón³²⁴.

Por último, cabe destacar que Ginsburg ha encontrado algunas directrices básicas respecto de la autoría de obras, de las cuales destacamos las siguientes:

- a) En la autoría prevalece la mente sobre el músculo, por lo que se considera autor a la persona que conceptualiza y dirige el desarrollo de la obra, y no así las personas que sólo ejecutan las instrucciones (“*simples exécutants*”)³²⁵.

³²⁰ Por ejemplo, Guerra Zamarro, Manuel, “La regulación de la obra por encargo en la Ley Federal del Derecho de Autor” en VV.AA., *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis, 2002, t. II, p. 1920; Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, p. 9; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 131.

³²¹ De la Parra Trujillo, Eduardo, “Los concursos fotográficos”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 23, 2006, p. 21.

³²² Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 92.

³²³ *Cfr.* el apartado 6 del capítulo tercero de la presente investigación para más detalles sobre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral.

³²⁴ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 28 y 29.

³²⁵ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1072.

Vid., en el mismo sentido, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 32.

- b) En la autoría prevalece la mente sobre la máquina, pues la utilización de instrumentos tecnológicos para crear (cámaras o computadoras) no le quita al autor su carácter de creador³²⁶.
- c) Originalidad es sinónimo de autoría, pues en la mayor parte de los sistemas jurídicos la originalidad implica un mínimo de creatividad personal³²⁷.

Con esto terminamos la explicación del sujeto de los derechos de autor, al menos en sus aspectos básicos.

5.- Contenido de los derechos de autor.

Estudiados ya el objeto y el sujeto de los derechos de autor, pasaremos al tercer elemento de la sistemática que nos fijamos, es decir, el contenido de los derechos de autor. Respecto de este rubro debemos comenzar con la pregunta ¿qué son los derechos de autor?

Podemos responderla diciendo que *son los derechos subjetivos que se tienen sobre una obra*. Al utilizar la palabra “tienen”, y no otras como “conceden” o “reconocen”, excluimos de la definición la fuente u origen del derecho, lo que la hace ideológicamente neutra, pues puede ser usada tanto por quienes afirman que son derechos concedidos por el legislador, como por quienes sostienen que se trata de derechos naturales. Asimismo, tampoco se hace referencia al sujeto de tales derechos, pues en algunos casos esos derechos no son detentados por autores, sino por titulares derivados.

Una vez establecida esa elemental definición, avancemos a otros aspectos de los derechos en estudio. Al abordarse el tema del contenido de los derechos de autor, se suele hacer una clasificación de estos, lo cual facilita su análisis; por tal razón seguiremos esa metodología.

Normalmente el criterio que más se suele utilizar para clasificar los derechos de autor es aquel que atiende al *contenido* de tales derechos³²⁸. Esta clasificación es útil en tanto nos sirve para diferenciar derechos subjetivos claramente diversos; sin embargo, el criterio del contenido es insuficiente, pues no ayuda a localizar y comprender algunos derechos autorales previstos en las leyes y tratados.

En el capítulo previo echamos mano de un criterio *estructural* para analizar los derechos fundamentales; tal criterio, proveniente de la teoría del derecho, puede utilizarse para clasificar los derechos de autor, e inclusive es muy útil para tales efectos, pues nos pone de manifiesto derechos que son obscurecidos ante el criterio que atiende sólo al contenido. Empero, el criterio estructural, a pesar de su utilidad es también insuficiente, en tanto no es apto para comprender a cabalidad los diversos tipos de derechos de autor existentes.

Por tales motivos, nos inclinamos por un criterio *mixto*, es decir, para clasificar a los derechos de autor atenderemos tanto al contenido como a la estructura de tales derechos. Ambos criterios son complementarios y nos darán mucha luz sobre los diversos tipos de derechos subjetivos que se conceden a los autores.

³²⁶ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1074.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 1078 y 1080.

³²⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 35; y Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 128.

Comencemos primero aplicando el criterio estructural. Desde el punto de vista de su estructura, los derechos de autor pueden clasificarse en *derechos exclusivos* y *derechos no exclusivos*. Los derechos exclusivos son aquellos que permiten a su titular controlar los usos de una obra: decidir, o mejor dicho, excluir a terceros, sobre ciertas utilidades de una creación intelectual. En cambio, los derechos no exclusivos no permiten tal control, sino que sólo facultan al titular para recibir ciertas cantidades de dinero, pero sin que el titular pueda excluir a terceros en el uso de la obra.

En cambio, en cuanto a su contenido, los derechos de autor pueden clasificarse en *derechos de contenido económico* y *derechos de contenido no económico*. Los primeros tienen como principal propósito generar ingresos económicos a su titular; los segundos buscan, más bien, proteger los aspectos espirituales o no económicos relacionados con las obras.

Si combinamos los criterios estructural y de contenido, encontraremos que las leyes autorales y los tratados en la materia regulan tres tipos diferentes de derechos subjetivos: derechos morales, derechos de explotación y derechos de remuneración. Veamos.

Se les llama *derechos morales* aquellos que protegen, principalmente, el nombre del autor y la integridad de la obra. Son derechos que tutelan la dignidad del autor y su reflejo en la creación. Estos derechos los podemos encontrar en el a. 21 de la LFDA y en el a. 6 Bis del Convenio de Berna. Atendiendo al criterio estructural, los derechos morales serían derechos exclusivos, en tanto permiten controlar los contenidos de las obras, el reconocimiento a su autor e, incluso, el retiro de la obra de la esfera pública, entre otras facultades. En cuanto al criterio del contenido, los derechos morales serían derechos no económicos, pues no se conceden al autor para que con ellos obtenga ganancias, sino más bien para proteger su dignidad intelectual.

El segundo tipo de derechos de autor son los *derechos de explotación*, y son aquellos por virtud de los cuales, sus titulares pueden autorizar o prohibir ciertos usos públicos de las obras, tales como su reproducción, distribución, comunicación pública, etc. Estos derechos los podemos encontrar en el a. 27 de la LFDA y en diversos numerales de la mayoría de tratados que regulan los derechos de autor. Desde el punto de vista del criterio estructural, los derechos de explotación serían derechos exclusivos, pues permiten controlar los usos o actos de explotación de las obras. Desde el punto de vista de su contenido, estamos ante derechos de contenido económico, pues su principal función es que sus titulares obtengan ingresos mediante la concesión de autorizaciones de uso de las obras a terceros.

El último tipo de derechos de autor son los *derechos de remuneración* o *de simple remuneración*. Estos derechos permiten a su titular recibir cierta cantidad de dinero cuando se realicen determinados usos de la obra, pero no le permiten impedir esos usos. Estos derechos de remuneración podemos encontrarlos en los aa. 26 Bis y 92 Bis de la LFDA, principalmente, así como en diversos artículos de acuerdos internacionales, como por ejemplo, el 14 Ter del Convenio de Berna. Atendiendo a su estructura, los derechos de simple remuneración serían derechos no exclusivos, ya que no permiten controlar los usos de las obras. En cuanto a su contenido, serían derechos de tipo económico, pues su razón de ser es generar ingresos a sus titulares.

Así, los resultados de clasificar los derechos de autor conforme a un criterio mixto, pueden esquematizarse de la siguiente forma:

	Derechos de contenido económico	Derechos de contenido no económico
Derechos exclusivos	Derechos de explotación	Derechos morales
Derechos no exclusivos	Derechos de remuneración	X ³²⁹

La ventaja de utilizar el criterio mixto salta a la vista, pues, por un lado, el criterio estructural no nos ayuda a distinguir entre los derechos de explotación y los derechos morales. Y por otro lado (y acaso esta es la contribución más importante del criterio mixto), el criterio del contenido impide la aprensión de los derechos de remuneración.

Vale detenernos sobre este punto, pues los derechos de simple remuneración están cobrando cada vez más protagonismo e importancia, como puede constatar el lector en los capítulos cuarto y quinto de la presente investigación. El basarse únicamente en las dos categorías resultantes del criterio del contenido, lleva a que se confundan los derechos de remuneración con los derechos de explotación, en tanto ambos son derechos de tipo económico; y esto se traduce en darles, erróneamente, el mismo tratamiento jurídico a ambos derechos, a pesar de ser estructuralmente diferentes³³⁰.

En otro orden de ideas, el criterio mixto nos lleva a lo que podría llamarse una “teoría tripartita de los derechos de autor”, según la cual los derechos de autor serían de tres tipos: morales, de explotación y de remuneración³³¹; teniendo cada uno de ellos su propia naturaleza y tratamiento jurídico.

³²⁹ De la revisión que hemos hecho a los tratados y leyes autorales, no hemos encontrado ningún derecho subjetivo que reúna las características de ser de contenido no económico y no ser un derecho exclusivo.

³³⁰ En este error incurrió la Primera Sala de la SCJN en el caso *Cinemas de la Huasteca* (amparo en revisión 45/2005), del cual derivó la tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 26 BIS Y 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LEGALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, p. 436.

Este error fue corregido por el Pleno de la SCJN, al dictar jurisprudencia en la contradicción de tesis 25/2005, como se explica a continuación.

³³¹ Esta visión tripartita pugna en forma relativamente artificial con la corriente monista y matiza la dualista. La teoría monista, aceptada por la legislación alemana y muy en boga doctrinalmente, establece que sólo hay un derecho subjetivo que tiene tanto una vertiente económica y otra vertiente moral (de ahí que se hable de “derecho de autor” en singular); para intentar superar la contradicción lógica que entraña esta concepción, las leyes que la siguen le dan el mismo tratamiento a las facultades morales que a las económicas (como por ejemplo, impidiendo su transmisión *inter vivos*). Y decimos que la teoría tripartita pugna en forma relativamente artificial con la corriente monista, porque si bien es cierto que no es lo mismo considerar que existen tres derechos de autor a estimar que existe sólo uno; también es cierto que la ley autoral alemana, aunque reconoce que el derecho de autor es uno, establece en la sección cuarta de su título primero, que el mismo está integrado por tres aspectos (correspondientes a los derechos morales, de explotación y de remuneración).

En cambio, la teoría dualista postula la existencia de dos derechos de autor: el derecho moral y el derecho pecuniario (al que se le suele llamar “derecho patrimonial”), dándoles un tratamiento jurídico diverso a ambos derechos (y deslindándose así de la corriente monista). A nuestro entender el error de esta postura es basarse sólo en el criterio del contenido para clasificar los derechos de autor, lo que lleva a una asimilación implícita de los derechos de remuneración a los de explotación, lo cual es equivocado, dada su diversa estructura, la cual los hace que sean derechos diferentes.

Para más datos sobre el monismo y el dualismo, *cf.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, pp. 9 y 10; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 151 a 153; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 486.

El criterio mixto de clasificación ha sido adoptado, por ejemplo, en la legislación alemana. En efecto, la *Urheberrechtsgesetz* de 1965 hace la siguiente división en la sección dedicada al contenido del derecho de autor:

- (1) General –*Allgemeines*– (a. 11);
- (2) Derechos de la personalidad del autor –*Urheberpersönlichkeitsrecht*– (aa. 12 a 14);
- (3) Derechos de explotación –*Verwertungsrechte*– (aa. 15 a 24); y
- (4) Otros derechos del autor –*Sonstige Rechte des Urhebers*– (aa. 25 y 27)³³².

Igualmente, el criterio mixto aparece en el capítulo III (intitulado “Contenido”) del título II, libro I, de la Ley de Propiedad Intelectual de España, el cual se divide en tres secciones, a saber:

- (1) Derecho moral (aa. 14 a 16);
- (2) Derechos de explotación (aa. 17 a 23); y
- (3) Otros derechos (aa. 24 y 25)³³³.

En términos similares, la legislación autoral de Nicaragua divide el capítulo IV de su Título I en tres secciones: “Derechos morales”, “Derechos patrimoniales” y “Otros derechos”.

Una clasificación muy parecida a las anteriores aparece en la Ley 1328 de Paraguay, cuyo título IV se divide en cuatro capítulos, a saber: “Disposiciones generales”, “De los derechos morales”, “De los derechos patrimoniales” y “De los derechos de remuneración compensatoria”, respectivamente. Como podemos ver, el legislador paraguayo sí se atrevió a bautizar a la tercera clase de derechos.

Por otro lado, el criterio mixto también es utilizado ocasionalmente por la doctrina. Por ejemplo, a propósito de la legislación española, Delgado Porras indica:

Del conjunto de derechos reconocidos al autor en la LPI cabe hacer la siguiente clasificación, que será muy ilustrativa para el estudio de su protección penal: a) *derecho moral*; b) *derecho de explotación* y c) *derechos de remuneración*. Esta clasificación coincide, en gran parte, con la establecida en la propia Ley³³⁴.

Por su parte, Begoña Ribera Blanes también coincide en que de la legislación española se desprenden *tres tipos de derechos*: además del moral y del de explotación, están los derechos que, estima, que han sido calificados acertadamente por la doctrina como “derechos de remuneración”³³⁵. En igual tenor, Rodríguez Tapia nos habla de un *tertium*

³³² La legislación alemana no utiliza expresamente el término “derechos de remuneración” para referirse a los derechos no exclusivos de contenido económico, dejándolos sin nombre bajo el rubro “otros derechos del autor” (lo que nos da a entender que se trata de derechos diferentes a los morales y a los de explotación).

³³³ Al igual que su correlativa alemana, la legislación española no le da nombre a este tercer tipo de derechos, aunque la doctrina de ese país, mayoritariamente, designa a esos derechos como “de remuneración” o “de simple remuneración”. *Cfr.*, por ejemplo, Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 195.

³³⁴ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 26.

³³⁵ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 195.

genus de los derechos de autor, más allá de los derechos morales y de los derechos de explotación³³⁶.

En el caso de México, clasificaciones de este tipo han sido hechas, entre otros, por Sleman Valdés³³⁷, por Meade Hervert³³⁸ y por nosotros³³⁹. De igual forma, nuestros tribunales distinguen claramente los derechos morales, los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración, como se puede apreciar en la siguiente jurisprudencia del Pleno de la SCJN:

DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO. Existen dos tipos de derechos dentro de la materia autoral: *los morales, que permiten al autor realizar ciertas acciones para conservar el vínculo personal con su obra*, y los de contenido económico o patrimoniales (lato sensu), que permiten al autor o al titular derivado obtener recompensas económicas por la utilización de la obra por terceros; asimismo, *estos últimos pueden clasificarse en dos subtipos: 1) derechos de explotación o patrimoniales (en estricto sentido), y 2) otros derechos, dentro de los que se encuentran los de simple remuneración*, como el de regalías, previsto en el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, el cual constituye un incentivo económico de carácter irrenunciable, garantizado y previsto por el Estado en favor del autor de la obra o su causahabiente, que está constituido por un determinado porcentaje a cargo de quien comunica o transmite públicamente la obra por cualquier medio, de lo cual deriva que tal derecho sea distinto de las regalías mencionadas en los artículos 8o. y 9o. del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, que se refieren, por ejemplo, a contraprestaciones contractuales que el adquirente del derecho de explotación paga al autor como parte del importe de la transmisión de dicho derecho estipulado en el contrato respectivo³⁴⁰. (Énfasis añadido).

Contradicción de tesis 25/2005-PL. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 16 de abril de 2007. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: José Fernando Franco González Salas, Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Paula María García Villegas y Fernando Silva García.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 102/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

³³⁶ Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 90” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 332.

³³⁷ Sleman Valdés, Ivonne, “La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 2, núm. 2, enero-junio 2006, pp. 155 a 158.

³³⁸ Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, México, Patria, 2007, p. 202.

³³⁹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, pp. 225 y 226.

³⁴⁰ *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

Aunque cabe destacar que este criterio del Pleno tiene su precedente en la Segunda Sala de la SCJN, que fue el primer órgano jurisdiccional en México que reconoció la existencia de derechos de simple remuneración y los diferenció de los derechos de explotación (a los que nuestra LFDA llama “derechos patrimoniales”). En particular destacan las siguientes tesis aisladas de la Segunda Sala: “REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 404; y “REGALÍAS. EL ARTÍCULO 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR AL PREVER SU PAGO A FAVOR DE QUIEN PARTICIPE EN LA REALIZACIÓN DE UNA OBRA MUSICAL EN FORMA REMUNERADA, NO PROPICIA UN DOBLE PAGO Y, POR ENDE, NO CONTRAVIENE LA GARANTÍA DE LEGALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 402.

De ahí, se observa la plena vigencia (y utilidad) del criterio mixto de clasificación de los derechos de autor.

A continuación expondremos los aspectos más destacados de cada uno de los tres tipos de derechos de autor.

5.1.- Derecho moral.

Aunque en un inicio los derechos de autor tenían contenido netamente económico, poco a poco fueron surgiendo y configurándose derechos para regular los aspectos no pecuniarios de la creación, es decir, los aspectos intelectuales. En la actualidad, la práctica totalidad de los países del sistema del *droit d'auteur*, e incluso varios del *copyright*, contemplan los llamados “derechos morales”.

El propósito de los derechos morales es tutelar la dignidad de los autores³⁴¹, de tal forma que protegen la personalidad del autor a través de su obra³⁴², pues las obras se consideran manifestaciones de la personalidad del autor³⁴³. Es decir, como apunta Paul Goldstein³⁴⁴, los derechos morales regulan el vínculo que existe entre el autor y su obra³⁴⁵.

A los autores no les basta recibir ingresos por la explotación de sus producciones, sino también les interesa que su pensamiento o concepción creativa no sean desvirtuados, así como que se les reconozca su esfuerzo. De ahí que el derecho moral tenga una serie de características propias, que lo hacen diferente al resto de los derechos de autor.

El término “derecho moral” alude al carácter *personal* de las facultades más características de la creación intelectual³⁴⁶, de ahí que el calificativo “moral” se use con el

³⁴¹ Coincidimos plenamente con nuestro maestro David Rangel Medina, cuando afirma que “se protege al autor como un reconocimiento a la dignidad humana”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129.

En la misma tónica, el Comité DESC de la ONU indica que la protección a los intereses morales de los autores deriva de la dignidad y de la valía inherentes a toda persona. *Cfr.* la observación general núm. 17 de ese comité, intitulada “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto)”, adoptada el 21 de noviembre de 2005, publicada el 12 de enero de 2006 como documento oficial de la ONU (E/C.12/GC/17), y consultable en el *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2006, p. 3. En el capítulo tercero de la presente investigación, el lector encontrará un análisis de dicha observación general.

³⁴² Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 265; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 8; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 682; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 10; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 215, p. 162; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 154; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 207; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 29; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 510.

Jessen afirma que el derecho moral es el arma que el ordenamiento jurídico proporciona al autor para hacerse respetar a sí mismo y a su obra. *Cfr.* Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 48.

Por su parte, Grijalva indica: “Los derechos morales son aquellos que nacen de la relación directa entre la creatividad y el esfuerzo personal del autor y su obra; se los asocia con el respeto a la personalidad del autor reflejada en la obra”. Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17.

³⁴³ Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 279, p. 109; Herrera Meza, Humberto Javier, *op. cit.*, nota 233, p. 37; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129.

³⁴⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 283.

³⁴⁵ En el mismo sentido, Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 509.

³⁴⁶ Espín Cánovas, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991, p. 54.

fin de acentuar el contenido no económico de esta clase de derechos³⁴⁷. Aunque la denominación de este derecho ha generado críticas³⁴⁸, la expresión se utiliza sin mayor problema, pues “ha logrado adquirir arraigo dentro de la teoría general de los derechos de autor”³⁴⁹, de ahí que la doctrina, leyes y jurisprudencia comparada utilicen comúnmente ese término, generando aceptación³⁵⁰. De igual forma, y como bien puntualiza Satanowsky³⁵¹, la expresión “derecho moral” no debe entenderse en el sentido de que tales derechos no puedan exigirse por medios coercitivos.

Toda vez que el derecho moral protege la dignidad del autor, se caracteriza por ser intransmisible e irrenunciable³⁵², y por consiguiente, inembargable, inejecutable e imprescriptible³⁵³. Es también considerado un derecho *esencial*, pues se estima como un mínimo exigible de protección al autor³⁵⁴, aunque no es un derecho *innato* ya que no surge

³⁴⁷ Con ese mismo propósito se suele utilizar el adjetivo “moral” para referirse al daño no económico (daño moral), o al conjunto de derechos y bienes de contenido no económico (patrimonio moral). Por ejemplo, en nuestro ámbito académico, fue Ernesto Gutiérrez y González el principal promotor de la noción de “patrimonio moral” para referirse a los bienes y derechos de contenido no económico. *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 275, pp. 52 y 53.

Los hermanos Mazeaud fueron los precursores de la teoría del patrimonio moral, apuntando que “hay que afirmar que el patrimonio es el continente de todos los derechos pecuniarios o no pecuniarios, que van a fundirse en él”, por lo que los derechos de la personalidad como “todos los derechos, forman parte del patrimonio; pero componen más especialmente el patrimonio moral”. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León, y Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, primera parte, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, vol. II, pp. 259 y 264.

Asimismo, ya en el ámbito de nuestra legislación, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, en su a. 7º, fr. VI, nos da la siguiente definición: “Patrimonio Moral: Es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma por los derechos de personalidad”. Por su parte, el a. 24 de esa ley establece: “El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma”. *Cfr.*, de igual forma, las definiciones de patrimonio moral previstas en los aa. 43 del Código Civil del Estado de Jalisco y 2.4 del Código Civil del Estado de México, entre otros.

³⁴⁸ *Cfr.* Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, pp. 40 y 41.

Hay quienes, como el jurista portugués, José de Oliveira Ascensão, prefieren hablar de “derechos personales” que de “derechos morales”, por considerarlo más técnico. *Cfr.* De Oliveira Ascensão, José, “O futuro do ‘direito moral’ ” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 249.

³⁴⁹ Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *El derecho moral*, México, s/e, 1945, p. 6.

³⁵⁰ Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, t. II, p. 5; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 30.

³⁵¹ Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 510.

³⁵² Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 164; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 682; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 10 y 11; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 45; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 56 a 58; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 8; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 233, p. 44; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, pp. 39 y 40; Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, p. 182; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 126 y 127; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 59; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 67.

³⁵³ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, pp. 39 y 40; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 59.

³⁵⁴ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 30.

del mero hecho de ser persona, sino que se requiere un acto de creación intelectual para poder adquirir derechos morales de autor³⁵⁵. También se suele decir que es un derecho perpetuo y unido a la persona del autor³⁵⁶, lo que plantea ciertos problemas teóricos acerca de la posibilidad de existencia de un derecho subjetivo que es perpetuo, pero que no puede extinguirse ni transmitirse por estar unido a su autor (lo que ha llevado a especular sobre la posibilidad de un derecho sin titular una vez muerto el autor)³⁵⁷.

Las anteriores características se encuentran claramente plasmadas en los aa. 18 y 19 de la LFDA:

Artículo 18.- El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

Artículo 19.- El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

Una vez indicadas las generalidades más destacadas del derecho moral de autor, corresponde hacer mención de cada una de las facultades que integran ese derecho.

5.1.1.- *Facultades del derecho moral.*

Se discute si a cada autor se le conceden sobre su obra varios derechos morales (es decir, una pluralidad de derechos subjetivos) o un solo derecho moral integrado por varias facultades³⁵⁸. No entraremos aquí a esa polémica, por lo que en el resto del trabajo utilizaremos indistintamente las expresiones “derecho de” o “facultad de”.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 31; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 156; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 122.

³⁵⁶ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 60; Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *op. cit.*, nota 349, p. 18; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 8; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 40; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 125; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 67.

Cabe destacar que el Convenio de Berna no exige que los derechos morales sean perpetuos, pero sí que, como mínimo, tengan la misma duración que los derechos de explotación (a. 6 Bis.2); y si tomamos en cuenta que ese tratado establece una duración mínima obligatoria de los derechos de explotación de toda la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte, se colige que el Convenio de Berna impone una duración mínima a los derechos morales de toda la vida del autor más 50 años *post mortem auctoris*.

³⁵⁷ No es este el lugar para discutir y profundizar sobre esos problemas teóricos, bástenos decir que nos adherimos a la postura de Cámara Águila, quien explica que, en realidad, el derecho moral se extingue con la muerte del autor, y lo que surge después son ciertas situaciones de poder muy parecidas a lo que era el derecho moral (en muchos casos es un derecho subjetivo *ex novo* a favor de ciertas personas, en otros casos es un deber jurídico de protección a cargo de determinadas personas). *Cfr.* Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, pp. 110 a 118.

Ese es el sentido en el que debemos de entender la característica de “perpetuidad” que las leyes le atribuyen a los derechos morales, es decir, se debe concebir como una fórmula legislativa poco precisa para dar a entender que una vez muerto el autor, existe una protección muy similar a la que en vida proporcionaba el derecho moral.

³⁵⁸ Por ejemplo, Mouchet y Radaelli consideran que el derecho moral está integrado por un haz de facultades. *Cfr.* Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 5.

Asimismo, *vid.* Lacruz Berdejo, José Luis, “Comentario al artículo 2º” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, p. 34; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, pp. 40 y 41.

5.1.1.1.- Facultad de divulgación.

La facultad o derecho de divulgación, también llamado por algunos “facultad de decidir la divulgación”³⁵⁹, sólo puede ser comprendido a partir de los conceptos básicos: “obra inédita” y “divulgación”, los cuales tienen un significado muy preciso en materia de derechos de autor, que no coincide del todo con los usos del lenguaje ordinario o del de algunas industrias (como la literaria). Expliquemos cada concepto.

Obra *inédita* es aquella que todavía no ha sido hecha del conocimiento público, sino que sólo es conocida por el autor y, acaso, por su círculo privado (sus familiares y amigos cercanos)³⁶⁰. El concepto contrario a este es el de obra *divulgada*, la cual es aquella que ya se hizo del conocimiento público, por cualquier forma o medio. Esta distinción está plasmada en las dos primeras fracciones del apartado B, del a. 4º, de la LFDA:

Artículo 4º.- Las obras objeto de protección pueden ser:

(...)

B.- Según su comunicación:

I.- Divulgadas: Las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma;

II.- Inéditas: Las no divulgadas, y

III.- Publicadas³⁶¹.

Por su parte, *divulgación* es el acto por virtud del cual una obra se hace del conocimiento público por *primera vez*, con lo cual pierde para siempre su calidad de inédita³⁶². Así, y aunque normalmente se usen como sinónimos, “divulgación” no es sinónimo de “difusión”, pues las obras sólo se pueden divulgar una vez, pero se pueden difundir en infinidad de ocasiones.

La divulgación se encuentra conceptualizada en el a. 16, fr. I, de la LFDA:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

³⁵⁹ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 69 y 70; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 127; Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de autor. La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993, p. 93.

³⁶⁰ Siguiendo a Pastrana, “obra inédita es la que no ha sido divulgada”. *Cfr.* Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 124.

De igual forma Lipszyc y Villalba afirman: “Una obra sólo puede considerarse divulgada cuando, con el consentimiento del autor, se ha hecho conocer al público, es decir, a un número indeterminado de personas, de modo que permita entender que la obra ha salido del círculo privado del autor en forma legítima. Por ello la comunicación a terceros de una obra inédita, en forma privada a familiares o amistades, e incluso a posibles utilizadores con el propósito de contratar la explotación no puede considerarse divulgación”. Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, pp. 91 y 92.

³⁶¹ Esta tercera fracción sale sobrando y no tiene cabida en esta clasificación, pues una obra, o es inédita (no divulgada) o es divulgada (no es inédita), por lo que se aprecia que el legislador incurrió en un error lógico que contraviene el principio de tercero excluido.

³⁶² Pérez de Castro explica la divulgación como la “acción que permite que el público pueda acceder por primera vez a una obra”. Pérez de Castro, Nazareth, “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras musicales, publicidad y derechos de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 45

I.- Divulgación: El acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita;

Una vez dicho lo anterior, la facultad moral de divulgación puede ser definida como aquella por virtud de la cual el autor puede decidir si divulga su obra (y en su caso, la forma y momento de la divulgación) o si la mantiene inédita³⁶³. Es así que nos explica Delia Lipszyc:

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada a la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de esta.

Se trata de una facultad potestativa del autor porque solo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra está terminada y desea que el público la conozca. Antes de su divulgación, solo depende del autor el modificar su obra como y cuantas veces quiera, o destruirla³⁶⁴.

Por lo tanto, entre la creación de la obra y su primer acto de disposición al público (divulgación), debe mediar una decisión personalísima (en principio) del autor³⁶⁵; decisión que se tutela a través de la facultad moral que ahora se estudia. De hecho, se ha llegado a reconocer que la facultad de divulgación está íntimamente ligada con la llamada libertad de expresión³⁶⁶, pues ese derecho fundamental faculta a su titular para decidir si expresa o no un pensamiento³⁶⁷; por lo que no es descabellado decir que la facultad de divulgación es una de las formas en que el legislador ordinario ha configurado³⁶⁸ el derecho a la información previsto en los aa. 6° y 7° de nuestra Constitución.

Nuestra LFDA regula la facultad de divulgación en los siguientes términos:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

I.- Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;

³⁶³ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 83 y 84; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 683; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, pp. 346 a 349; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 47; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 40; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 67; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 289; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 18; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 233, p. 46; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 127 y 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 55; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 526; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 68.

³⁶⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 159 y 160.

³⁶⁵ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 69.

³⁶⁶ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 346.

³⁶⁷ En este sentido, Sergio López-Ayllón, basándose en la teoría de Robert Alexy, indica que el derecho a la información (entendido este como la reformulación moderna de la libertad de expresión) “consiste en que cualquier individuo puede, en relación con el Estado, buscar, recibir o *difundir* –o no buscar, no recibir, ni *difundir*– informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal individuo tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o *difundir* –o no lo obligue a buscar, recibir o *difundir*– informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio” (énfasis añadido). López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 291, pp. 164 y 165.

³⁶⁸ Para más información sobre la figura de la configuración, *vid.* el apartado 6.3 del capítulo primero de la presente investigación.

Como se aprecia, la facultad de divulgación puede ser ejercitada en forma positiva o negativa: positiva, cuando el autor decida que la obra sea divulgada, y negativa, cuando el autor estima que su creación debe seguir siendo inédita.

En los casos en que esta facultad se ejerce en su aspecto positivo, es decir, cuando el autor decide divulgar la obra, y esta es efectivamente divulgada, se extingue la facultad de divulgación³⁶⁹, pues una vez hecha del conocimiento público la obra, esta nunca más podrá ser inédita; lo que se traduce en que el autor pierde, fácticamente, la posibilidad de mantener la obra reservada en su esfera privada. Podrá suceder que en el futuro la obra salga del mercado, pero eso no le quita que, por lo menos, por una *primera vez* la obra ya fue accesible al público, y por lo tanto, se convirtió irremediabilmente en una obra divulgada.

Esta extinción de la facultad de divulgación ha sido muy bien comprendida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuando señala lo siguiente a propósito del llamado “derecho de divulgación”:

En ese sentido, la comunicación pública de la obra, por primera vez, es un acto único e irreplicable, lo que significa que una vez ejercido ese derecho, se extingue, por lo que no existen segundas o terceras divulgaciones de una misma obra, sino actos de comunicación pública (segundas o terceras ediciones)³⁷⁰, en razón de que la divulgación es un hecho público e irreversible, por lo que sólo cabe una en sentido técnico, que es cuando la obra se presenta al público, por vez primera, cumpliendo la forma o condiciones determinadas por el autor; por tanto, a partir de la divulgación, podrá existir una infracción de derechos patrimoniales, si el beneficiario de un derecho de explotación, procede a la edición de la obra sin autorización del autor, pero nunca infracción del derecho moral de divulgación, porque éste se extinguió con la comunicación pública de la obra, por vez primera, en cualquiera de sus modalidades³⁷¹.

Por su parte, cuando la facultad de divulgación se ejerce en forma negativa, es decir, mediante el mantenimiento de la obra como inédita, se le suele llamar “derecho al inédito”

³⁶⁹ Sobre el agotamiento de la facultad de divulgación, Cámara Águila nos dice que “esto significa que en las sucesivas ocasiones en que la obra llegue al público ya no estará en juego el derecho de divulgación”. Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 364.

Por su parte Martínez Espín, indica que únicamente “cabe hablar de divulgación para la comunicación primera, por lo que, con posterioridad a su ejercicio, este derecho moral se habrá agotado”. Martínez Espín, Pascual, *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 66.

En términos similares, *cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 18; Pérez de Castro, Nazareth, *op. cit.*, nota 362, p. 45; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, p. 41.

Sin embargo, para Lipszyc este agotamiento es parcial, y sólo se efectúa respecto de cada una de las posibles formas de explotación, dándonos el siguiente ejemplo: “el autor de una obra dramática que ha decidido divulgarla mediante una representación teatral, mantiene intacto el derecho de divulgación a través de la edición gráfica”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 160.

³⁷⁰ Cabe criticar aquí que el tribunal utilizó en forma errónea la expresión “comunicación pública”, pues la está equiparando a todo acto de “difusión”, cuando su alcance es más restringido en realidad. Sobre la comunicación pública, *cfr. infra* el apartado 5.2.2.3 del presente capítulo.

³⁷¹ “DAÑO MORAL. LA DIVULGACIÓN DE UNA OBRA LITERARIA POR PRIMERA VEZ, QUE CUMPLE CON LAS CONDICIONES DETERMINADAS POR EL AUTOR. NO CONSTITUYE EL.”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, p. 2081.

o “derecho de inédito”³⁷², que no es en realidad un derecho nuevo, sino más bien una forma ejercer la facultad de divulgación³⁷³.

Finalmente, cabe decir que el a. 21 *in fine* de la LFDA, permite a los sucesores *mortis causa* del autor ejercer la facultad de divulgación cuando el autor no la ejerció en su aspecto positivo en vida, es decir, permite la divulgación de obras inéditas después de la muerte del autor.

La facultad de divulgación es bastante relevante, pues como se ha puesto de manifiesto, de su ejercicio positivo se deriva la introducción de la obra en el comercio³⁷⁴; además de que –y esto nos interesa bastante para efectos de la presente investigación– sólo las obras divulgadas pueden ser libremente utilizables al amparo de una restricción al derecho de explotación³⁷⁵, según expone la teoría tradicional de las restricciones. Además, el de las obras inéditas es uno de los casos en que el Registro Público del Derecho de Autor se encuentra impedido para expedir copias de obras que se hayan inscrito³⁷⁶.

5.1.1.2.- *Facultad de paternidad.*

Esta facultad, junto con la de integridad, conforma el núcleo duro o columna vertebral del derecho moral; tan es así, que son las dos facultades morales de protección obligatoria según el Convenio de Berna.

La facultad de paternidad es aquella por virtud de la cual el autor puede exigir la mención de su nombre (u otro signo que lo identifique) en relación con su obra o, por el contrario, decidir que la difusión de la obra se haga en forma anónima³⁷⁷. Como se aprecia,

³⁷² Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 351; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 81; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 118; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 48; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 131; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 526.

Sobre este punto, afirma Martínez Espín: “El ‘derecho de inédito’ expresa el señorío absoluto que tiene el autor sobre su obra, durante el período anterior a la divulgación”. Martínez Espín, Pascual, *op. cit.*, nota 369, p. 70.

³⁷³ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 352.

³⁷⁴ Afirma Espín Cánovas que “la divulgación produce, entre otros efectos, el de introducir la obra en el comercio”. Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 68.

³⁷⁵ *Cfr.* el primer párrafo del a. 148 de la LFDA.

El Convenio de Berna, por su parte, no establece esto directamente, al no regular la facultad de divulgación; sin embargo, sus aa. 10 y 10 Bis circunscriben las restricciones a los derechos de explotación sólo a las obras “publicadas”.

En la doctrina, *cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 289; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 92; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 27.

³⁷⁶ *Cfr.* a. 164, fr. II, de la LFDA. Los otros casos en que el INDA está impedido para expedir copias, son el de los programas de computación y el de los contratos de edición.

³⁷⁷ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 85; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, pp. 165 y 166; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 685; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 323; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 49; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 39; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 76 y ss.; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 285; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 45; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 215, p. 163; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 89; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 35; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 215 y 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 62; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 529; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 68 y 69.

esto deriva del especial vínculo que hay entre autor y obra, pues simplemente da efectos normativos a algo que sucede en el mundo de los hechos: la creación de una obra; cuando un escritor crea una novela, es una cuestión fáctica que tal obra es fruto de su esfuerzo intelectual, que es “suya”, pues no hubiera existido sin el esfuerzo de tal autor. Ese hecho de filiación intelectual deja marcada a la obra, por así decirlo, y el derecho otorga al autor la posibilidad de elegir si desea ser vinculado con su creación o si desea que el público desconozca su autoría.

A esta facultad también se le suele llamar “derecho de respeto al nombre” o “derecho al crédito”, pero es la expresión “derecho de paternidad” la más usual en la doctrina³⁷⁸, e incluso la que se derivaría de los tratados, pues el Convenio de Berna habla del “derecho a reivindicar la paternidad de la obra” (a. 6 Bis), mientras que la Convención de Washington se refiere a la “facultad de reclamar la paternidad de la obra” (a. 11).

Nuestra LFDA regula la facultad de paternidad de la siguiente manera:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

II.- Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;

Esta facultad de paternidad impone un deber jurídico a todo aquel que difunda la obra, consistente en siempre mencionar el nombre del autor de esa obra. Aunque existe la posibilidad de que sea el propio autor quien se niegue a que en la obra aparezca su nombre³⁷⁹, debiéndose cumplir, entonces, con lo que disponga la voluntad del autor.

En este sentido, el autor puede elegir que no se le vincule a su obra, y por lo tanto, que esta se difunda en forma anónima³⁸⁰, es decir, omitiendo el nombre del autor. En este caso, la omisión es lícita porque así lo escogió el autor. A esto se le suele llamar “derecho al anónimo”.

De igual forma, el autor puede elegir el ocultar su identidad, pero mediante la omisión de su nombre, sino mediante la utilización de un nombre falso o pseudónimo propiamente dicho³⁸¹. Nos encontramos aquí frente a lo que se suele conocer como “derecho al pseudónimo”.

Los derechos al anónimo y al pseudónimo no son otro tipo de facultades del derecho moral sino, como bien nos indica Caballero Leal, formas de ejercer la facultad de paternidad³⁸², es decir, las expresiones “derecho al anónimo” y “derecho al pseudónimo” son “integrantes ambas del derecho moral de paternidad”³⁸³.

³⁷⁸ Al respecto, Colombet indica que la expresión “derecho de paternidad” pretende “destacar la vinculación de parentesco y filiación existente entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 49

³⁷⁹ Como bien afirma Colombet, la mención del nombre del autor es un derecho de este, no una obligación. *Cfr. Ibidem*, p. 50.

³⁸⁰ El *Glosario de la OMPI* nos da la siguiente definición de obra anónima: “Se entiende generalmente que es una obra divulgada sin indicar el nombre o seudónimo de su autor. En realidad, es el autor quien permanece anónimo”. *Op. cit.*, nota 225, p. 7.

³⁸¹ Los pseudónimos se clasifican en: 1) pseudónimo transparente, y 2) pseudónimo propiamente dicho. El primero no oculta la identidad del autor (pues se sabe quién está detrás de ese falso nombre), mientras que el segundo si oculta esa identidad, por lo que su tratamiento es similar al de las obras anónimas.

³⁸² Caballero Leal, José Luis, Voz “Derecho al anónimo y al pseudónimo” en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2006, p. 162.

³⁸³ *Ibidem*, p. 160.

Desde luego, en cualquier momento el autor puede disponer que su obra se deje de difundir en forma anónima o pseudónima, sino a través de su verdadero nombre, el cual saldría a la luz en relación con la obra³⁸⁴. A esto se le llama “derecho de revelación”³⁸⁵, mismo que es, en realidad, una de las formas de ejercer la facultad de paternidad.

Asimismo, la facultad de paternidad también le permite al autor exigir que se vincule con su obra, ya sea a través de su verdadero nombre o de una forma especial de utilizar ese nombre, ya mediante un apodo, pseudónimo transparente o cualquier otro signo que nos permita identificar al autor³⁸⁶.

En este orden de ideas, los casos más comunes de contravención a la facultad de paternidad son cuando se omite el nombre del autor al difundir la obra, o cuando tal actividad se hace atribuyéndole la obra a otra persona (lo que entraría bajo la figura del plagio)³⁸⁷.

5.1.1.3.- *Facultad de integridad.*

Esta es la segunda facultad básica del derecho moral, a la cual a veces se le llama “derecho al respeto” o “derecho de la inviolabilidad de la obra”.

Por virtud de la facultad de integridad, el autor puede oponerse a toda alteración, modificación o mutilación a su obra, así como impedir cualquier atentado contra esta que afecte su honor³⁸⁸. Como nos refiere Lipszyc, el fundamento de este derecho se encuentra en el respeto a la personalidad del autor que se manifiesta en la obra, teniendo un interés en que su pensamiento no sea desnaturalizado o modificado³⁸⁹. En sus obras los autores plasman su visión del mundo, su forma de entender o sentir ciertos temas, de manera que en las obras depositan sus ideas, convicciones, concepciones estéticas, gustos, etc. Cuestiones desde la mera redacción y ortografía, la selección y tratamiento de temas, la ejecución técnica, entre otros aspectos, ponen de manifiesto tanto las virtudes como los defectos de su autor. De ahí el legítimo interés de los autores en que sus creaciones no se alteren sin su autorización.

Además, como consecuencia del hecho de que las obras casi siempre se difunden con el nombre de su autor, el público generalmente atribuirá exclusivamente al autor lo bueno y lo malo de la obra. Si el consumidor accede a una obra mutilada por un editor o productor, pensará que la obra quedó así por determinación del autor (cuyo nombre es al que se vincula), y no porque un intermediario la alteró. No está de más recordar aquí las ideas de Kant, en el sentido de que los autores hablan a su público a través de sus obras, por lo que

En el mismo sentido, *vid.* Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

³⁸⁴ Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 45; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 39.

³⁸⁵ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 325.

³⁸⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166.

³⁸⁷ Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *op. cit.*, nota 349, p. 7; y Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 531.

³⁸⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 87; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 12; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 51 a 53; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 124; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 41; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 168; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 90; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 56; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 69.

³⁸⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 168.

los intermediarios (como los editores, por ejemplo) que publican o difunden las obras no hablan por sí mismos, sino completamente a nombre de los autores³⁹⁰. Por consiguiente, los intermediarios no tienen derecho a alterar un discurso que no es propio, sino de otra persona, máxime cuando las consecuencias de esa alteración se imputarán al *autor* y no al *intermediario*.

Estas ideas son expresadas con bastante claridad por la maestra Nazareth Pérez de Castro:

Si la obra de un autor “X” llega a ser tal, lo es porque tal sujeto “X” supo exteriorizar sus ideas de forma distinta a otra persona “Y”, lo cual significa que no sólo le interesa al autor que su actividad creativa sea conocida tal y como por él fue presentada, sino que también a los extraños les resulta de utilidad poder conocerla tal como fue concebida. De otra forma, la información que percibirán sobre determinado autor y su obra será distorsionada³⁹¹.

Por otra parte, cabe apuntar que existen dos concepciones acerca de la facultad de integridad: la objetiva y la subjetiva. En la *objetiva* se exige que las alteraciones de la obra sean objetivamente comprobables o que causen perjuicio a la reputación del autor. En la concepción *subjetiva* no hay condicionamientos, se prohíbe toda alteración no autorizada por el autor³⁹².

Nuestro país retoma las dos concepciones, pero para dos facetas diferentes de la facultad de integridad, lo que no entraña contradicción alguna. Veamos el contenido de la fracción III del a. 21 de la LFDA:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

III.- Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

Como se observa, el contenido normativo de este artículo está dirigido a dos cuestiones:

- a) La oposición a “cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella” (la obra);
- b) Y, además, la oposición a “toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor”.

El elemento indicado como *a)*, es la *integridad intrínseca* de la obra, es decir, la prohibición de modificación a la obra en sí misma; por ejemplo, mediante supresiones, añadidos, destrucción, etc. En cambio, el elemento *b)* es la *integridad extrínseca*, en donde no se altera la obra propiamente dicha, pero su difusión se hace en contextos o formas que no permiten apreciarla a cabalidad; por ejemplo, si una pintura se exhibe en un lugar casi a

³⁹⁰ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 98, pp. 229 y 230.

³⁹¹ Pérez de Castro, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, Reus / AISGE, 2001, p. 82.

³⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 169.

Cfr. también Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 87 y 88; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 287.

oscuras, o si una película se comunica en una proporción equivalente a una vigésima parte del tamaño de la pantalla donde se proyecta³⁹³; en ambos casos la obra está intocada en sí misma, pero factores externos inciden en una difícil apreciación de la obra en su integridad.

Pues bien, la LFDA acepta la concepción subjetiva respecto a la integridad intrínseca de la obra, pues prohíbe “cualquier” alteración a la misma³⁹⁴, y la palabra “cualquier” es en cualificador de carácter universal (es decir, abarca una totalidad), de donde se desprende que en esta hipótesis no hay condicionantes³⁹⁵.

Cosa diferente sucede con la integridad extrínseca, pues la segunda parte de la fr. III del a. 21 de la LFDA, claramente impone la condición de que se “cause demérito de ella –la obra– o perjuicio a la reputación de su autor”; de donde se aprecia que nuestro legislador aplica la concepción objetiva para los casos de atentados a la integridad extrínseca de la obra.

En otro orden de ideas, cabe mencionar que este deber jurídico de respetar la integridad de la obra ha de ser cumplido por los usuarios de las obras, ya sea como consecuencia de una autorización contractual o como consecuencia de un uso hecho al amparo de una restricción al derecho de explotación³⁹⁶.

Ahora bien, la regulación legislativa de la integridad de la obra no se termina con la fr. III del a. 21 de la LFDA, pues la fr. IV del mismo artículo contempla el llamado “derecho de modificación” o “derecho a modificar la obra”³⁹⁷:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

IV.- Modificar su obra;

Podría decirse que, en estricto sentido, el “derecho de modificación” no es una facultad independiente o diferente a la de integridad³⁹⁸, sino que sólo es una forma de ejercerla (pues estamos ante una facultad que se puede ejercer negativamente –no modificando– o positivamente –modificando–), por lo que técnicamente el legislador no debió dividir la facultad de integridad en dos fracciones (III y IV). Empero, existe una justificación práctica en la LFDA para esa división, misma que adquiere relevancia con lo prescrito en el último párrafo del a. 21:

³⁹³ En este sentido, Antequera Parilli indica: “La expresión ‘cualquier atentado’ comprende también los ‘ataques indirectos’ a la integridad, por ejemplo, si a pesar de no realizarse mutilaciones o transformaciones (sic) a la producción intelectual en sí misma, se utiliza en un contexto distinto a aquel para el cual fue concebida y dicho uso fuera de ese contexto afecta el decoro de la obra o la reputación del autor”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 88.

³⁹⁴ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

³⁹⁵ En contra de esta interpretación del a. 21 de la LFDA, *vid.* Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 159.

³⁹⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 170.

En este sentido, Martínez Espín nos explica que la situación exigida es la misma en todo caso: “la actitud pasiva de parte del cesionario de derechos de explotación o del propietario del soporte material de la obra”. Martínez Espín, Pascual, *op. cit.*, nota 369, p. 102.

³⁹⁷ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 97; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 170; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 132.

³⁹⁸ Sostiene esta postura, por ejemplo, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686.

Artículo 21.- (...)

(...)

Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo.

Así, se delimita claramente la protección *post mortem* de la integridad de la obras, pues los sucesores *mortis causa* no podrán modificar la obra ni autorizar esa actividad a terceros, sino que sólo podrán impedir la alteración de la obra, es decir, su posición es meramente defensiva. Como bien dice Rangel Medina³⁹⁹, el derecho a modificar la obra sólo le corresponde al autor.

5.1.1.4.- *Facultad de retracto, arrepentimiento o retirada del comercio o circulación.*

Esta es una de las facultades morales que nos parecen más interesantes; pues además de romper con muchos de los cánones en materia civil y mercantil, nos demuestra la importancia que para el derecho tiene la figura del autor.

Como nos explica Rangel Medina, se le concede al autor la facultad de interrumpir la circulación de la obra, pues en esta se exteriorizan los puntos de vista del creador sobre alguna faceta determinada de la realidad, y a veces acontece que, con el paso del tiempo, se genera un cambio en el criterio del autor, de manera que sus convicciones de hoy ya no correspondan con las de ayer⁴⁰⁰.

Sobre el fundamento del derecho de retirada de la circulación, resultan esclarecedoras las palabras de la profesora Delia Lipszyc:

El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye un complemento natural del derecho del autor a decidir la divulgación de su obra. Al igual que este último derecho, se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la consiguiente posibilidad de cambiar de opinión⁴⁰¹.

Las legislaciones que regulan esta facultad moral se dividen al adoptar un criterio liberal o un criterio restringido. Las que toman el *criterio liberal*, no supeditan el ejercicio de esta facultad a que el autor se haya arrepentido del contenido de su obra o a alguna otra causa en particular, basta con que el autor, por cualquier motivo, decida sacar su obra de la circulación (facultad discrecional del creador). Por el contrario, las leyes que incorporan el *criterio restringido*, señalan ciertos motivos específicos que permiten al autor decidir la retirada de la obra⁴⁰².

De la regulación que hace nuestra LFDA de la facultad de retirada de circulación, se concluye que adoptó el criterio liberal, como se puede apreciar en la fr. V de su a. 21:

³⁹⁹ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

⁴⁰⁰ *Idem.*

En este sentido explican los juristas argentinos, Mouchet y Radaelli que “en un momento dado el autor advierte que las ideas expuestas en su libro ya no concuerdan con su pensamiento, y por lo tanto, la permanencia de la obra en librerías permite divulgar una versión que perjudica su fama, sus ideas, su propio nombre”. Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 42.

Cfr. también Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, pp. 63 y 64.

⁴⁰¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 172.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 173.

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

V.- Retirar su obra del comercio, y

Sobre el particular, Ricardo Antequera Parilli nos dice que, a no ser que la legislación determine expresamente ese requisito, no es necesario que el autor exprese o justifique cuáles fueron las razones que lo llevaron a tomar esa determinación⁴⁰³. De ahí que podamos concluir que nuestra LFDA se adhiere al criterio liberal.

En la mayoría de los casos, la circulación de la obra es consecuencia de la celebración de un contrato, en el que el autor u otra persona en control de alguna modalidad del derecho de explotación, autorizan la difusión de la obra. Sin embargo, al ejercerse la facultad moral de retirada del comercio se deja de observar el contenido obligacional del contrato, de forma que lo autorizado por la vía del derecho de explotación, se desautoriza unilateralmente por la vía del derecho moral.

La doctrina ha visto en esta situación una excepción a la máxima del *pacta sunt servanda* e, incluso, a la prohibición de dar unilateralmente por terminados los contratos⁴⁰⁴. Desde luego, el actuar del autor es plenamente *lícito*, pues está ejerciendo un derecho y está amparado por una norma de orden público que le *permite* expresamente actuar de esa manera⁴⁰⁵.

Normalmente, los ordenamientos que contemplan la facultad de retirada de la circulación buscan un equilibrio entre los derechos del autor y los de sus contratantes, por lo que establecen la obligación del autor de resarcir al afectado las mermas económicas y los perjuicios que se ocasionen con la retirada de la obra⁴⁰⁶. Sin embargo, nuestra LFDA, ni en su a. 21, ni en ningún otro, establece tal obligación del autor⁴⁰⁷, lo que plantea el problema de cómo fundamentar jurídicamente un reclamo por las afectaciones económicas

⁴⁰³ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90.

Este reconocido autoralista, nos explica de la siguiente forma los fundamentos del criterio liberal, al afirmar que el retracto o repudio intelectual es “un elemento subjetivo de difícil apreciación y, por ello, numerosos ordenamientos consagran este derecho sin requerir para su ejercicio la prueba del cambio de la opinión personal o la concurrencia de serias motivaciones de orden moral”. *Idem*.

⁴⁰⁴ Claude Colombet explica la facultad de retirada de circulación como “un derecho exorbitante del derecho común, al permitir una resolución unilateral de las condiciones del contrato, incluso hasta la supresión del convenio mismo”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 57.

En el mismo tenor, Lipszyc refiere: “Se trata de una facultad excepcional, francamente opuesta al principio de la fuerza obligatoria de los contratos, aun en mayor medida que la posibilidad que el autor tiene de no entregar la obra por encargo en ejercicio del derecho moral de divulgación”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 173.

Antequera afirma que hay una “facultad de revocar la cesión”, lo que trae como consecuencia “la prohibición para el titular derivado del derecho patrimonial –o del respectivo licenciatario–, de continuar la explotación de la obra”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90.

⁴⁰⁵ En este sentido, afirman Mouchet y Radaelli, que se “plantea, pues, un conflicto entre los intereses morales del autor y los intereses materiales del editor. La solución debe inclinarse a favor del primero”. Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 42.

⁴⁰⁶ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 689; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 109; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 172; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 290; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 47; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 172; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 64.

⁴⁰⁷ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 11.

que genera el ejercicio de la facultad moral en estudio. Muchos pretenden derivar ese deber de la obligación genérica de reparar los daños y perjuicios (a. 1910 del CCF), sin embargo no creemos que esa sea la respuesta adecuada, dado que esa obligación deriva de la comisión de un hecho ilícito, y como se dijo, el ejercicio de la facultad de retirada es una actividad lícita, por lo que no entra en la hipótesis del a. 1910 del CCF (a no ser que sea un caso de uso abusivo de un derecho, que es el único supuesto en nuestro sistema jurídico en que el ejercicio de un derecho puede considerarse ilícito). Una opción más viable, aunque más restringida, es que en el contrato mismo se pacte la obligación del autor de reparar la afectación económica del cesionario. De igual forma, habría que analizar la posibilidad de invocar por analogía el a. 46 de la LFDA.

Finalmente, cabe destacar que la retirada de circulación de la obra sólo afecta a los intermediarios, pero no a los consumidores que ya adquirieron ejemplares de las obras, quienes conservarán tales ejemplares⁴⁰⁸.

5.1.1.5.- Otras facultades.

En este apartado nos referiremos sucintamente a dos cuestiones diversas: los derechos morales que no están plasmados expresamente en la LFDA y los derechos subjetivos que, sin ser derechos morales, la LFDA les da ese tratamiento.

Por lo que hace a la primera cuestión, cabe señalar que nuestra LFDA se refiere expresamente a los derechos morales más comunes; sin embargo, en la legislación y jurisprudencia comparada se manejan algunas otras facultades del derecho moral. Dados los propósitos de la presente investigación nos limitaremos solamente a mencionar las facultades morales no contempladas, al menos expresamente, en nuestra LFDA: el derecho de crear⁴⁰⁹, el derecho de terminar la obra⁴¹⁰, el derecho a que se mencionen los títulos o distinciones del autor (y no sólo su nombre)⁴¹¹, el derecho a elegir los intérpretes de la obra⁴¹², el derecho a que no se cambie el título de la obra⁴¹³, el derecho de acceder al ejemplar único o raro de la obra⁴¹⁴, por destacar los más sonados.

En lo referente a la segunda cuestión a abordarse en el presente apartado, hay que mencionar que el a. 21 de la LFDA (el cual contiene las facultades del derecho moral de autor) regula un derecho que no es en realidad un derecho de autor. Veamos:

⁴⁰⁸ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 110.

Cfr. también, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 47; y Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 144 y 145.

⁴⁰⁹ Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 121; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 12; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 518.

⁴¹⁰ Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 121; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 15.

⁴¹¹ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 135.

⁴¹² Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 91; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 41.

⁴¹³ Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 558 y 559.

⁴¹⁴ Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 170; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 689; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 27; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 116 y ss.; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 91; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 211; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 65; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 135.

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

VI.- Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

A esta potestad se le ha llamado “derecho anti-autor”⁴¹⁵ o “derecho de repudio”⁴¹⁶, y no constituye en realidad un derecho de autor, en tanto no es un derecho que tenga un autor sobre una obra de su creación; estamos frente a un derecho cuyo objeto son siempre obras de autoría ajena. Por tal motivo, un destacado sector de nuestra doctrina critica la inclusión de este derecho no autoral en las normas reguladoras del derecho moral de autor⁴¹⁷.

En realidad, este derecho a oponerse a la atribución de obras de creación ajena, puede considerarse como una manifestación del derecho al honor, que es un derecho de la personalidad que corresponde a toda persona⁴¹⁸, y no sólo a autores⁴¹⁹.

5.2.- Derecho de explotación.

El derecho de explotación es el núcleo histórico de los derechos de autor, aunque no es el único de estos derechos, como se ha podido observar. Sin embargo, la regulación que hacen los países del *copyright* se centra, casi exclusivamente, en derechos de este tipo.

A esta clase de derechos se les ha dado diferentes denominaciones: “derechos patrimoniales”, “derechos de explotación”, “derechos pecuniarios”, “derechos de utilización económica”, “monopolios de explotación”, etc. Sin embargo, consideramos que la expresión “derechos de explotación” es la más adecuada, por ser la más clara en cuanto a su estructura y contenido (otras como “derechos patrimoniales” o “pecuniarios” pueden llevar a confusión con los derechos de remuneración e, incluso, la primera sería inaceptable a la luz de la teoría del patrimonio moral). Por lo tanto, utilizaremos preferentemente la expresión “derecho de explotación”.

⁴¹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 275, p. 702.

⁴¹⁶ Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 46; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 224; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 70.

⁴¹⁷ Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, pp. III y IV; y Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 275, p. 702.

⁴¹⁸ En la capital del país el derecho al honor se protege en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal; en el resto de las entidades federativas este derecho suele protegerse en sus códigos civiles. A nivel federal, el derecho al honor está previsto en el a. 1916 del CCF.

Esta protección se complementa en nuestro país con los tratados sobre derechos fundamentales incorporados a nuestro derecho interno. Destacan el a. 17 del PIDCP y el a. 11 de la CADH.

⁴¹⁹ Indica Lipszyc: “El derecho a defender su nombre o seudónimo cuando ha sido usurpado haciéndolo figurar en obras que no le pertenecen (supuesto de falsa atribución de paternidad de una obra) tiene mucha conexión con el derecho de paternidad, pero no integra propiamente el derecho moral del autor sino que forma parte del derecho de la personalidad general”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 167.

En este sentido, opina Serrano Migallón que el derecho en estudio: “Es un derecho humano que la ley reconoce a cualquier persona para que se oponga a que se le atribuya una obra que no es de su creación. En general, esta norma protege el prestigio de las personas, como parte inmaterial de su patrimonio, no se limita únicamente a los autores, ya que por su naturaleza corresponde a los derechos del individuo sobre su propio honor y prestigio”. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 70 y 71.

En los mismos términos, *vid.* Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 217.

Por lo que hace a la LFDA, tal ley denomina “derechos patrimoniales”⁴²⁰ a esta clase de prerrogativas (otras leyes de nuestro país utilizan la expresión “derechos de explotación”⁴²¹, o cual es más correcto). De hecho, al definir los “derechos patrimoniales” el a. 24 de la LFDA los caracteriza como derechos de explotación, cuando establece: “En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el *derecho de explotar* de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación” (énfasis añadido). Así, podemos ver que normalmente la LFDA utiliza la expresión “derechos patrimoniales” como sinónimo de “derechos de explotación”, y no tanto para referirse a los “derechos de contenido económico” (“derechos patrimoniales *lato sensu*” según la nomenclatura de la SCJN).

En cuanto a su definición, tomaremos como punto de partida la proporcionada por Delgado Porras: “Por el derecho de explotación se le reconoce al autor el monopolio o exclusiva de utilización de su obra en la producción de cualesquiera bienes o servicios”⁴²².

Por su parte, Serrano Migallón nos aporta la siguiente definición: “Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas de los autores de obras artísticas o intelectuales para usar o explotar sus obras”⁴²³.

El propósito de los derechos de explotación es concederle al autor el control de las utilidades públicas de su obra, lo que se traducirá en la posibilidad de obtener ingresos económicos, derivados de la celebración de contratos onerosos.

Si bien, como su nombre lo indica, estos derechos permiten controlar la explotación económica de la obra, no sólo se aplican a supuestos donde exista finalidad lucrativa o ganancias económicas⁴²⁴, sino en general a todo acto de utilización pública de la obra (aquella que trasciende el círculo privado del usuario)⁴²⁵.

Toda vez que los derechos de explotación buscan generarle ingresos económicos a los autores, la ley establece un régimen jurídico tuitivo particular a estos derechos, ya que, como explica Lipszyc, al tener una función alimentaria el ejercicio de estos derechos, se les

⁴²⁰ Por ejemplo, sus aa. 11, 24, 25, 27, 30, 83, 97, etc.

⁴²¹ Cfr. el a. 9° de la Ley Federal de Cinematografía.

⁴²² Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30.

⁴²³ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 71.

⁴²⁴ A propósito del alcance del derecho de explotación, Delgado Porras nos indica que: “Es inoperante la finalidad lucrativa o gratuita que se persiga con dicha producción”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30.

Por su parte, Bugallo afirma: “La explotación de la obra no significa necesariamente la obtención de ganancia, ánimo de lucro u obtención de resultado lucrativo concreto. Cualquier género de aprovechamiento de las utilidades de una obra implica explotación en sentido legal y, por lo tanto, requerirá la autorización del autor”. Bugallo Montañó, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691.

Ribera nos proporciona el ejemplo de “cuando un autor de una obra de arte permite a unos estudiantes de Bellas Artes que hagan una reproducción de su cuadro. Pero el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de decidir quién, cómo y en qué condiciones se va a llevar a cabo esa reproducción”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 199.

Cfr. también, Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 234.

⁴²⁵ De conformidad con el a. 27 de la LFDA, el derecho de explotación faculta para autorizar o prohibir una serie de actos (reproducción, comunicación pública, etc.), pero nunca se condiciona a que tales actos tengan finalidad lucrativa. De hecho, el propio a. 27 en su fr. IV regula casos en donde no hay esa intención lucrativa, como es la hipótesis del comodato de copias (usualmente llamado “derecho de préstamo gratuito”) o la de la donación de ejemplares de la obra.

suele equiparar a los salarios⁴²⁶; de ahí que nuestra LFDA claramente determine que los derechos de explotación son inembargables⁴²⁷ y no pueden ser objeto de prenda⁴²⁸. Inclusive, como veremos en el apartado 5.2.5 de este capítulo al tratar el tema de los contratos, los derechos de explotación son, en México (como en algunos otros países), derechos inalienables en vida del autor.

5.2.1.- Alcance: ius prohibendi.

Este es un tema en el que queremos hacer hincapié, pues sólo comprendiendo el alcance de los derechos de explotación podremos percatarnos de los problemas que, en algunos casos, pudieran plantearle estos derechos a otros como el de acceso a la cultura o el relativo a la información, y así, darnos cuenta de la importancia que reviste el instituto jurídico de las restricciones al derecho de explotación (que estudiamos en el capítulo cuarto, y proponemos perfeccionar en el capítulo quinto).

Los derechos de explotación son *derechos exclusivos* o de *exclusiva*, es decir, permiten a su titular gozar de un bien (en este caso, inmaterial: la obra), con exclusión de cualquier tercero. De ahí que se les suela llamar monopolios legales, pues, en principio, excluyen a otros de la explotación de la obra⁴²⁹. De hecho, hay consenso en la doctrina extranjera⁴³⁰ y nacional⁴³¹ en caracterizar a los derechos de explotación como derechos exclusivos.

⁴²⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 178.

En el mismo sentido, el ministro de la SCJN, Genaro David Góngora Pimentel, en su intervención durante la sesión del 16 de abril de 2007 del Pleno de la SCJN (contradicción de tesis 25/2005), equiparó los derechos de autor a los salarios y los vinculó a la idea del mínimo vital, afirmando que el transmitir cierta clase de derechos: “le quitaría todo sentido su consagración en la norma pues no se lograría la concreción de los intereses subyacentes en ese derecho, nota distintiva de los derechos irrenunciables como alimentos, salarios, usufructos en algunos casos, etcétera; que es el disfrute permanente de los autores de un modesto ingreso producto de su trabajo creativo”. *Cfr.* la versión taquigráfica de dicha sesión pública ordinaria, p. 16. Aunque cabe destacar que tal aseveración se hizo en el contexto de derechos de simple remuneración, no de derechos de explotación.

Mismas consideraciones pueden encontrarse en el voto de minoría que sobre el mismo asunto, suscribieron los ministros Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza, p. 12.

En igual tónica, y sin perjuicio de profundizar al respecto en el siguiente capítulo, el Comité DESC, vincula el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de la creación de obras, con los derechos fundamentales a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido, a percibir una remuneración adecuada y a un nivel de vida adecuado (aa. 6, 7 y 11 del PIDESC). *Cfr.* la observación general núm. 17 de ese comité, *op. cit.*, nota 341, p. 4.

⁴²⁷ Dispone el a. 41 de la LFDA: “Los derechos patrimoniales no son embargables ni pignorables aunque pueden ser objeto de embargo o prenda los frutos y productos que se deriven de su ejercicio”.

⁴²⁸ *Cfr.* el mismo a. 41 de la LFDA.

⁴²⁹ Incluso nuestra Constitución parece reconocer ese carácter de los derechos de autor, e incluso los blinda contra la legislación de defensa de la competencia o *anti-trust*, cuando en su a. 28 establece que los derechos de autor, jurídicamente, no deben considerarse monopolios.

⁴³⁰ Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 31; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 96; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 181; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30; Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 227, p. 39; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 176 y 177; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 211, p. 67; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 196, 201 y 202; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 321.

Pero esto no sólo es una cuestión doctrinal, pues la LFDA expresamente les atribuye carácter exclusivo a los derechos de explotación, como se observa en sus aa. 11 y 24:

Artículo 11.- El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios *exclusivos* de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y *los segundos, el patrimonial*. (Énfasis añadido).

Artículo 24.- En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar *de manera exclusiva* sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma. (Énfasis añadido).

Lo cual se corrobora con el primer párrafo del a. 27 de la LFDA, mismo que indica que: “Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:”.

Dado este carácter exclusivo de los derechos de explotación, se desprende que su alcance es el de un *ius prohibendi*. En efecto, por virtud del contenido de los aa. 24 y 27 de la LFDA, existe una *prohibición* de usar la obra para todo aquel que no sea el autor. Como bien se ha destacado en la doctrina⁴³², los derechos de explotación son oponibles *erga omnes*, lo que implica que, en principio, esa prohibición de uso de la obra la tiene todo aquel que no sea el autor (o en su caso, no sea el titular derivado de alguna facultad o modalidad del derecho de explotación).

Esto significa que, *prima facie*, la posición jurídica de los usuarios frente a las obras es una prohibición, es decir, la norma jurídica ordena una abstención: no usar las obras.

Sin embargo, la posición de un usuario en específico o de los usuarios en general, puede cambiar, pasar de una prohibición a una *permisión*. En efecto, esto puede suceder cuando se celebra un contrato por virtud del cual el autor (o el titular derivado) otorga su autorización para realizar ciertos usos públicos de las obras; desde luego, siempre y cuando el contrato satisfaga los requisitos que establece la LFDA. Existe una figura similar llamada “licencia obligatoria”, en donde el Estado otorga la autorización de uso a cierta persona (subrogándose la autoridad, por así decirlo, en la posición del titular del derecho de explotación), aunque la contraprestación sí debe ser cubierta al autor o titular derivado.

La otra forma en que surge una permisión de uso, es a través de una restricción al derecho de explotación, lo que comúnmente se llama “límite o limitación al derecho patrimonial”, que es la figura central de la presente investigación, y que será analizada a profundidad en el capítulo cuarto.

De esta forma, por virtud de los derechos de explotación quedan prohibidas las utilidades públicas de una obra, a no ser que se cuente con una autorización formal o se

⁴³¹ Arteaga Alvarado, María del Carmen, “Papel de las sociedades de gestión colectiva en el derecho de autor” en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2008, p. 6; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 92; Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2010, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 71; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 155 a 157.

⁴³² Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691; Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 279, p. 65; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 94; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 202.

esté en algún caso de restricción al derecho de explotación. Si no se está en alguna de estas hipótesis, el uso de la obra será ilícito, por contravención a la norma derivada de los aa. 24 y 27 de la LFDA.

Desde luego, cuando ya no existan derechos de explotación sobre una obra, esta puede ser usada sin autorización, por haber ingresado al dominio público⁴³³.

Una vez revisadas las generalidades del derecho de explotación, procederemos a explicar las facultades que integran este derecho.

5.2.2.- *Facultades del derecho de explotación.*

Al igual que sucede con el derecho moral, respecto del derecho de explotación también se discute si se trata de un solo derecho compuesto de varias facultades, o si por el contrario, son varios derechos⁴³⁴. Y así como hicimos al abordar el tema del derecho moral, utilizaremos ahora, en forma indistinta, las expresiones “derecho de” o “facultad de”.

En otro orden de ideas, es importante iniciar el estudio de estas facultades del derecho de explotación, afirmando que tal derecho cubre todo acto de explotación o utilización pública de las obras, de manera que las facultades señaladas en las leyes no están sometidas a *numerus clausus*, sino que, más bien, recogen las formas más comunes de explotación, pero no quedan descartadas otras maneras de explotación no mencionadas⁴³⁵. Como bien explica Ribera Blanes, con esta fórmula se busca “evitar los problemas que podría plantear la aparición de nuevas formas de utilización de las obras intelectuales que no estuvieran enumeradas en el precepto”⁴³⁶.

De hecho nuestra LFDA, primero establece el derecho general de explotación (a. 24), el cual se aplica a “cualquier forma” de explotación, y luego establece las formas más comunes de explotación (a. 27). Esto nos demuestra que, en nuestro sistema jurídico, las facultades del derecho de explotación no están sujetas a *numerus clausus* e, incluso, abarcan formas de explotación a descubrirse en el futuro; cosa diferente sucede en los países del *copyright*, donde los derechos de explotación sí se señalan con carácter limitativo y, por tanto, no están cubiertas las formas futuras de explotación, lo que lleva a que en esos países, cada vez que surge una nueva forma de explotación no señalada en la ley, se discuta si es conveniente someterla al *copyright*.

⁴³³ Sobre el plazo de vigencia de los derechos de explotación y la figura del dominio público, *vid. infra* el apartado 5.2.4 del presente capítulo.

⁴³⁴ *Cfr.* Lacruz Berdejo, José Luis, *op. cit.*, nota 358, p. 34; Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 17” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 92; Rivero Hernández, Francisco, “Comentario al artículo 17” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 299 y 300; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, p. 49.

⁴³⁵ Explica Lipszyc que los derechos de explotación son tantos como formas de utilización que sean posibles, aunque con fines didácticos y para facilitar su interpretación, las leyes autorales suelen detallar los distintos derechos de explotación. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 175.

En el mismo sentido, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 96; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 690; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 14; Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 417, p. IV; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 197 y 198; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 431, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 72.

⁴³⁶ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 198.

Cabe decir que las cuatro formas más usuales de explotación de una obra son: la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación. A esas cuatro formas de explotación corresponden las cuatro facultades o derechos de explotación⁴³⁷.

Por consiguiente, se puede decir que existen cuatro facultades o derechos de explotación: la facultad de reproducción, la facultad de distribución, la facultad de comunicación pública y la facultad de transformación⁴³⁸.

Esta es una forma conceptualmente adecuada de sistematizar las diversas facultades del derecho de explotación, dado que se engloban y clasifican los actos de explotación conforme a rasgos comunes y definitorios, que a su vez los excluyen de las otras categorías o formas de explotación⁴³⁹. Esto quedará más claro al analizar cada una de esas facultades o derechos de explotación.

Así como en la aritmética hay cuatro operaciones básicas, en materia de explotación de obras hay cuatro conceptos o formas de explotación básicas⁴⁴⁰.

En este sentido, lo recomendable es que las leyes, al regular el derecho de explotación, lo hicieran en forma sistemática y se apoyaran en las referidas categorías conceptuales; hay legisladores que sí lo hacen, pero también hay muchos que no. En el caso del legislador mexicano, podríamos decir que, al regular las facultades del derecho de explotación, no es totalmente sistemático; esto en virtud de que, aunque el punto de partida del a. 27 de la LFDA son las cuatro facultades de explotación (otorgándole, en principio, una fracción a cada facultad), en algunos casos determinada facultad es dividida en dos fracciones. Así, tenemos que el a. 27 contempla las cuatro facultades del derecho de explotación: la de reproducción (fr. I), la relativa a la comunicación pública (fr. II y III), la de distribución (fr. IV y V), y la de transformación (fr. VI). La fr. VII es una pequeña cláusula general que deja abierta la posibilidad de controlar cualquier acto de explotación diferente a los previamente señalados; lo que nos demuestra el carácter abierto y no restringido del derecho de explotación, y refuerza lo determinado en el a. 24 respecto a la aplicabilidad del derecho subjetivo a toda forma de explotación.

Pasemos ahora al análisis concreto de cada facultad del derecho de explotación.

⁴³⁷ Vid. Hugenholtz, Bernt, "Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?", Ponencia presentada en la conferencia IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, p. 6.

⁴³⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 99 a 105; Arteaga Alvarado, María del Carmen, *op. cit.*, nota 431, p. 7; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 690; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 31; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 198; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 61; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, pp. 51 a 54; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 431, p. 8; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 16.

⁴³⁹ Un defecto de la doctrina anglosajona (y de buena parte de la continental), es no apoyarse en esas cuatro categorías conceptuales al analizar los actos de explotación y los derechos que los controlan.

⁴⁴⁰ Desde luego, pueden presentarse otras formas de clasificar los actos de explotación, y a reserva de su utilidad en otros contextos, no son las más adecuadas para comprender a cabalidad las conductas reguladas por cada facultad de explotación, y para captar lo que hace diferente a cada una de estas facultades.

Por ejemplo, y siguiendo la exposición de Delgado Porras, los actos de explotación pueden también clasificarse en: explotaciones a través de bienes (a través de su producción y circulación) y explotaciones a través de servicios (mediante su prestación). De acuerdo con el autor citado en la primera clase se incluiría la reproducción, la distribución y la transformación; mientras que en la segunda estaría la comunicación pública. Otra clasificación atiende a la explotación primaria o inicial y a la explotación secundaria (se organiza y desarrolla tomando como punto de partida una anterior explotación inicial). *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, "Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual" en VV.AA., *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera / Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama / Fundación Arte y Derecho, 2006, pp. 31 y 32.

5.2.2.1.- Facultad de reproducción.

Comúnmente llamada “derecho de reproducción”, es la facultad clásica del derecho de explotación y la primera en aparecer históricamente dentro de la etapa del derecho de autor moderno. Incluso, muchas leyes (como la mexicana) suelen mencionar esta facultad en primer lugar.

Para una primera aproximación, hay que decir que la facultad de reproducción es aquella por virtud de la cual se pueden autorizar o prohibir los actos de reproducción de una obra. Si bien esta afirmación no es del todo satisfactoria, nos permite avanzar en tanto sirve para distinguir, por un lado, el acto de reproducción, y, por el otro lado, la potestad jurídica que permite controlar ese acto (facultad de reproducción). De esta manera, el siguiente paso para comprender la “facultad de reproducción” es determinar qué se entiende por “reproducción”, es decir, definir al acto de reproducción.

La LFDA, en la fr. VI de su a. 16, nos proporciona una definición de reproducción:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

(...)

VI.- Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trata de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa⁴⁴¹.

Esta definición nos deja ver la esencia del acto de reproducción: la realización de copias de una obra⁴⁴². De ahí que, como consecuencia de la imprenta, el derecho de autor se configuró como la posibilidad de autorizar o prohibir la realización de copias. Desde luego, esta noción en la actualidad no se aplica sólo a copias en forma de libro, sino a todo tipo de copias en general, incluyendo las copias electrónicas (tanto las externas a las computadoras, como por ejemplo CDs o USBs, hasta las reproducciones que se suscitan al interior de estas máquinas⁴⁴³, como por ejemplo, el contenido de su disco duro o las copias temporales que se realizan automáticamente como resultado de la ejecución de ciertos procesos).

Sin embargo, la noción contemporánea de reproducción va más allá que la mera multiplicación de ejemplares, sino que también abarca los actos de fijación, es decir, la incorporación de una obra a un soporte material⁴⁴⁴. Es por eso que, como afirma Ribera Blanes, “una definición íntegra del derecho de reproducción debe abarcar tanto la fijación material como la obtención de copias”⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Se puede discutir si este último aspecto (realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa) es en realidad una transformación más que una reproducción; pero la LFDA zanja esa polémica al determinar que, para efectos jurídicos, esa actividad debe considerarse una reproducción.

⁴⁴² La expresión “reproducción” proviene del latín “*re*” (otra vez) y “*producio*” (producir), por lo que refiere la idea de “producir otra vez”. Cfr. Dzumakashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 48.

⁴⁴³ Sobre el alcance de la facultad de reproducción en el ámbito digital, profundizamos y problematizamos en el capítulo quinto de la presente investigación.

⁴⁴⁴ Por lo tanto, no sólo se considera reproducción la realización de copias de una obra musical, sino la grabación misma de esa obra, por sólo señalar un ejemplo.

⁴⁴⁵ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 174.

En atención a lo anterior, consideramos adecuada la definición de facultad de reproducción que proporciona Delia Lipszyc:

El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o parte de ella⁴⁴⁶.

Por cuanto hace a nuestra LFDA, esta ley también se sujeta a la noción moderna de la facultad de reproducción, pues al determinar su alcance hace referencia, no sólo a la obtención de copias, sino también a la fijación, como se aprecia en la primera fracción de su a. 27:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I.- La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.

Se observa que nuestro legislador adopta el criterio de neutralidad tecnológica, pues le resulta indiferente el medio o técnica a través del cual se realice la reproducción, e incluso, deja abierta la posibilidad a medios de reproducción inexistentes en la actualidad, pero que aparezcan en el futuro.

5.2.2.2.- *Facultad de distribución.*

El llamado “derecho de distribución” o “derecho de circulación” era el complemento tradicional a la facultad de reproducción⁴⁴⁷, en tanto se refiere a la circulación de los ejemplares de las obras. Hoy por hoy, continúa siendo una facultad muy importante, en tanto buena parte de la utilización de obras se sigue realizando a través de ejemplares.

Al igual que hicimos con la facultad de reproducción, procederemos primero a definir el acto de distribución, para luego referirnos a la regulación de la facultad de distribución.

Dado que la facultad de distribución se relaciona con la circulación de ejemplares de las obras (soportes físicos), involucra actos transaccionales sobre esas copias o ejemplares. La noción amplia de distribución (que es la más común en la doctrina y la que usa nuestra LFDA) abarca la posibilidad de realizar cualquier acto de disposición de la propiedad (compraventa, donación, permuta, etc.) o del uso (arrendamiento, comodato, etc.) sobre un ejemplar particular de la obra.

La LFDA da una definición (no muy precisa, aunque aceptable) del acto de distribución en su a. 16, fr. V:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

⁴⁴⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 179.

En términos similares, *cf.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 101; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 693; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 14; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 64; Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 31; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 250; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 94;

⁴⁴⁷ Por ejemplo, en Francia el llamado “derecho de destinación o destino” era considerado parte de la facultad de reproducción.

(...)

V.- Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma,

Un aspecto relevante de esa definición, es que retoma la noción de “puesta a disposición” para efectos de la distribución, de manera que, para que exista un acto de ese tipo, no se requiere la celebración efectiva de una compraventa o un arrendamiento, ya que sólo basta que el ejemplar esté a disposición del público para poder celebrar un acto relativo al dominio o uso del ejemplar⁴⁴⁸.

Por lo que hace a la facultad de distribución, esta puede ser definida como la

facultad independiente de la reproducción (...), propia de los ordenamientos germánicos, consistente en reservar al autor (o derechohabiente) la introducción en el tráfico económico-jurídico y ulterior comercialización de la obra o sus ejemplares⁴⁴⁹.

Es decir, es la facultad que permite autorizar o prohibir todo acto de disposición de ejemplares de una obra, mediante cualquier forma traslativa de la propiedad o del uso de dichos soportes materiales.

Nuestra LFDA contempla esa noción amplia de la facultad de distribución. Dicha facultad está prevista en las fr. IV y V del a. 27. Comenzaremos con la fr. IV, que es la que regula la facultad de distribución en general (en tanto la fr. V regula sólo una de sus modalidades):

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

IV.- La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión del uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

Como se aprecia, nuestra LFDA contempla la facultad de distribución en sus más amplios términos⁴⁵⁰, incluyendo tanto las modalidades onerosas de disposición de la

⁴⁴⁸ Rivero Hernández, Francisco, “Comentario al artículo 19” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 343 y 344; Pérez de Castro, Nazareth, *op. cit.*, nota 391, pp. 117 y 118.

⁴⁴⁹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 448, p. 340.

De igual forma, entre nosotros, Loredó Hill señala el siguiente contenido del derecho de distribución: “Poner a disposición del público su original, copias o ejemplares, por venta, arrendamiento, comodato o cualquier otra medio legal, con el permiso del autor o del titular de la facultad patrimonial”. Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 94.

Sobre estas definiciones que retoman la noción amplia de la facultad de distribución, *cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 103 y 104; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, pp. 186 y 187; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, pp. 702 y 703; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 31; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 230; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 128; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 207, p. 61; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

⁴⁵⁰ Sobre este amplio alcance, afirma Serrano Migallón: “El derecho de distribución, en cuanto a (sic) potestad del titular del derecho patrimonial de autor, no distingue entre los diversos actos por los que una persona puede apropiarse o poseer una obra, como tampoco lo hace entre los diversos soportes materiales en

propiedad o el uso de las copias (compraventa, arrendamiento o alquiler, permuta, *leasing*, mutuo, etc.), como las gratuitas⁴⁵¹ (donación, comodato o préstamo gratuito, etc.).

El contenido de la fr. IV del a. 27 de la LFDA abarca todas las modalidades de la facultad de distribución, por lo que no era necesario adicionarle a ese artículo alguna fracción relativa a alguna de las modalidades de la distribución en concreto. Empero, eso es lo que hizo el legislador nacional con la fr. V del referido numeral:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

V.- La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

La importación de copias ilegales es una modalidad incluida en la facultad de distribución⁴⁵², en tanto se trata de la circulación de ejemplares materiales de la obra. Consideramos que la existencia de la fracción en comento, se debe a que esa fue la forma en que nuestro legislador implementó el a. 1705.2.a del TLCAN; aunque no era necesario que lo hiciera así, pues aunque no se refiera expresamente a la importación de ejemplares, este tipo de actos ya están cubiertos por la noción amplia de distribución de la fr. IV del a.

que puede constar la reproducción. Sus normas son extensivas a todos los actos y a todos los medios”. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

⁴⁵¹ Sobre los actos de distribución gratuita de obras (que constituyen actos de puesta a disposición del público, dado su carácter colectivo o abierto al público), *cf.* Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 448, pp. 348 y 349.

⁴⁵² *Cfr.*, por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “Prólogo a la tercera edición” en Obón León, J. Ramón, *Derecho de los artistas intérpretes. Actores, cantantes y músicos ejecutantes*, México, 3a. ed., Trillas, 1996, p. 6; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 440, pp. 40 y 41; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 52; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 128; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 78.

En contra, Barzallo considera al “derecho de importación” como independiente del de distribución, alegando: “es importante comentar que algunos autores consideran a este derecho como una especie del derecho de distribución, sin que tal afirmación sea acertada, ya que en el derecho de importación no existe necesariamente transferencia del dominio o la posesión de la obra, por lo que este derecho subsiste por sus propias características”. Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 188.

A pesar de lo interesante y sugerente de este argumento, creemos que no es correcto. De entrada, la noción de distribución no exige la efectiva transferencia de la propiedad o el uso de un bien material (recuérdese la figura de la “puesta a disposición”).

En otro orden de ideas, si en la importación intervienen dos sujetos (quien envía los productos del extranjero y quien los recibe en territorio nacional), es obvio que entre ellos existe un acto jurídico (acuerdo) para realizar la importación, y en ese acuerdo siempre estará presente (al menos implícitamente), la transmisión del uso de los productos (en tanto su posesión pasa de unas manos a otras) al menos, pero en muchos casos habrá una verdadera compraventa de productos. En ambos casos, nos encontramos ante un acto de distribución.

Más interesante (y complicada) es la cuestión de cuando la importación es realizada por el mismo sujeto, es decir, en casos donde los productos cruzan fronteras pero no cambian de manos; que creemos que es a donde nos quiere llevar Barzallo. Sobre el particular, hay que recordar que está prohibida la importación de copias *hechas sin autorización*, y si una misma persona introduce copias ilícitas de un territorio a otro, es más que obvio que: (a) tiene la *posesión* de esas copias, y (b) las mismas no se introdujeron lícitamente al mercado. Además, si se trata de varios ejemplares de una obra, es claro que esas copias no se destinarán a un uso privado, sino a su circulación (onerosa o gratuita) dentro del país de importación, de ahí que el titular de la facultad de distribución pueda oponerse a esas importaciones para impedir esa *circulación* de ejemplares. Desde luego, lo aquí afirmado es muy general, de manera que es susceptible de profundizarse y matizarse en algunos puntos; pero este no es el lugar indicado, por la desviación metodológica que eso nos supondría.

27 de la LFDA, por lo que con dicha fracción era suficiente para considerar implementada la norma internacional y por cumplida la obligación derivada del mencionado tratado.

En otro orden de ideas, es importante señalar que en los tratados internacionales la noción de “distribución” no se utiliza en los mismos términos que en la LFDA y en la doctrina mayoritaria, sino de una forma más restringida, comprendiendo sólo la modalidad de compraventa de ejemplares (y por extensión, otros actos traslativos de su propiedad)⁴⁵³.

Tal es la razón por la que, para referirse a las otras modalidades de la circulación de ejemplares, los tratados hablan de un “derecho de alquiler” y de un “derecho de préstamo”. De hecho, esto puede observarse en la obra de Caballero Leal, quien al analizar los derechos de explotación en la legislación latinoamericana, usa los criterios internacionales y nos habla de los derechos de alquiler y préstamo, como otros diferentes al de distribución⁴⁵⁴.

Dichos criterios internacionales fueron usados por el Pleno de la SCJN en el caso *Regalías* (contradicción de tesis 25/2005) al analizar el contenido del derecho de explotación, indicando que además de los derechos de reproducción, transformación y comunicación pública, está el derecho de distribución, el de alquiler y el de préstamo⁴⁵⁵.

En cambio, buena parte de la doctrina (y muchas leyes, como la mexicana), toman como base la idea de “circulación de ejemplares” para aglutinar cuestiones como la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, etc., y enmarcarlas bajo un concepto amplio de “distribución”, integrando así una de las cuatro categorías conceptuales a las que ya nos referimos en el apartado 5.2.2 del presente capítulo. Así, en realidad, el alquiler y el préstamo son modalidades de la distribución⁴⁵⁶, o como dice Ficsor, “subderechos” del derecho general de distribución⁴⁵⁷. Esto lo consideramos acertado, pues es más sistemático y facilita el estudio y análisis de las formas de explotación de las obras.

Un último punto muy importante respecto de la facultad de distribución, es el relativo a la figura conocida como *agotamiento del derecho*.

Conocida en el mundo del *copyright* como la “doctrina de la primera venta”⁴⁵⁸, el agotamiento de la facultad de distribución consiste en que, una vez verificada la primera venta de un ejemplar concreto de una obra⁴⁵⁹, se agota o extingue la facultad de distribución (o alguna de sus modalidades) respecto de ese ejemplar, y sin perjuicio de la subsistencia del resto de las facultades del derecho de explotación. De esta forma se

⁴⁵³ El a. 6.1 del TODA contempla esta noción restringida de distribución, al señalar: “Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad”.

Mientras que el a. 7 de ese tratado contempla como un derecho diferente el “derecho de alquiler comercial”, aunque sólo para programas de computación, obras cinematográficas y “obras incorporadas en fonogramas”.

Sobre el particular, *cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, pp. 153 a 155; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 160, p. 248; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 451.

⁴⁵⁴ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 17 y 18.

⁴⁵⁵ Sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 32 y 33.

⁴⁵⁶ Correa, Carlos, *op. cit.*, nota 160, p. 65; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 440, p. 41; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 254; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17.

⁴⁵⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, p. 493.

También sobre el derecho general de distribución, *cfr.* Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 51.

⁴⁵⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 255.

⁴⁵⁹ Como bien indica Delgado, la primera venta debe ser una venta al público, no a distribuidores u otros comerciantes (mayoristas o minoristas). *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 32.

“libera”, por así decirlo, la circulación de ese soporte material, perdiendo el autor la posibilidad de seguir controlando esa copia (aunque conservando sus derechos sobre la obra contenida en la copia).

En este sentido, Erdozain nos explica que:

en líneas generales la teoría del agotamiento del derecho de distribución significa que el titular de derechos ve disminuida su capacidad prohibitiva respecto de los actos de enajenación realizados por el usuario con posterioridad al momento en que la obra o prestación fue comercializada por primera vez. En otras palabras, el titular de derechos, una vez puesta la obra o prestación en el tráfico, por sí, o por tercero con su consentimiento, ve derogado su *ius prohibendi* respecto del original o copias distribuidas⁴⁶⁰.

El propósito de este agotamiento de la facultad de distribución es limitar los alcances del derecho de explotación, y facilitar la circulación y comercialización de ejemplares materiales de la obra⁴⁶¹.

La LFDA establece expresamente el agotamiento de la facultad de distribución, como se desprende de la parte final de la fr. IV del a. 27, al determinar: “Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley”⁴⁶².

Sin embargo, la formulación del legislador no fue del todo afortunada, pues no estableció claramente los alcances y consecuencias de ese agotamiento. En efecto, no hay duda de que una vez realizada la primera venta del ejemplar, se agota el derecho y no se

⁴⁶⁰ Erdozain, José Carlos, “Tema 3.3: Derecho de distribución” en Bercovitz Rodríguez -Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 86.

Cfr. también, Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 32; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 255; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 18; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

⁴⁶¹ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 703 (quien afirma que el agotamiento responde al principio de libre circulación de mercaderías y a la libertad de la cultura); Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 236; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 131.

⁴⁶² Por su parte, el referido a. 104 establece: “Como excepción a lo previsto en el artículo 27, fracción IV, el titular de los derechos de autor sobre un programa de computación o sobre una base de datos conservará, aun después de la venta de ejemplares de los mismos, el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento de dichos ejemplares. Este precepto no se aplicará cuando el ejemplar del programa de computación no constituya en sí mismo un objeto esencial de la licencia de uso”.

Esta excepción tiene su fundamento en que diversos tratados internacionales contienen disposiciones que se entienden en el sentido de no permitir el agotamiento del “derecho de alquiler”. Por ejemplo, el a. 7° del TODA establece un derecho de alquiler (para programas de computación, obras cinematográficas y “obras incorporadas en fonogramas”) sin hacer mención a su agotamiento; mientras que su a. 6.2 establece que queda intocada la facultad de los estados para regular el agotamiento del derecho de controlar la puesta a disposición “mediante venta u otra transferencia de propiedad” (distribución en estricto sentido, que no comprende el alquiler). De igual forma, el a. 11 del ADPIC contempla un “derecho de arrendamiento comercial al público”, pero sólo respecto a obras cinematográficas y programas de cómputo; aunque tal artículo no señala nada sobre su agotamiento. Mientras que el a. 1705.2.d del TLCAN contempla un derecho de renta sobre los programas de cómputo, que no se agota con la introducción del ejemplar al mercado; lo mismo sucede en relación con los fonogramas en el a. 1706.1.d de ese convenio.

En este sentido, Correa nos explica que los derechos de arrendamiento son una excepción a la doctrina de la primera venta. *Vid.* Correa, Carlos, *op. cit.*, nota 160, p. 65.

En igual tenor, *cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 257.

De igual forma, Fernández-Arias explica que el agotamiento no consume el derecho de alquiler ni el de préstamo. *Cfr.* Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 238.

pueden controlar las ventas sucesivas, pero ¿también se pierde la posibilidad de controlar, por ejemplo, las rentas o comodatos sucesivos de ese ejemplar? Es decir, se plantea la pregunta de si el agotamiento sólo afecta la modalidad de venta, o si también se extiende a las otras modalidades de la distribución, como los arrendamientos o préstamos.

En primera instancia, la fr. IV del a. 27 de la LFDA da a entender que la primera venta extingue la facultad de distribución *in toto* sobre el respectivo ejemplar (abarcando la totalidad de sus modalidades), dada la frase: “este derecho de oposición –se refiere el legislador al de distribución– se entenderá agotado efectuada la primera venta”.

Y esto parece corroborarse con el a. 104 de la LFDA, que al establecer una excepción al agotamiento de la facultad de distribución, indica que, a pesar de la primera venta de un ejemplar de un programa de cómputo o de una base de datos, se puede seguir controlando los arrendamientos de tal ejemplar. O sea, si como excepción, el agotamiento no afecta la modalidad de renta o alquiler de estos dos tipos de obras, se puede desprender que, como regla general, el agotamiento sí afecta la modalidad de arrendamiento en el resto de las obras e, incluso, las demás modalidades que no sean arrendamiento en los propios programas de cómputo y bases de datos (como por ejemplo, el comodato o préstamo gratuito) también desaparecen por virtud del agotamiento.

Así, de una interpretación armónica de los aa. 27 y 104 de la LFDA, se puede concluir que el agotamiento de la facultad de distribución impacta todas las modalidades de la distribución y no sólo las ventas subsecuentes⁴⁶³, de forma que el propietario de un ejemplar adquirido lícitamente mediante su primera compraventa, podrá libremente revender ese ejemplar sin tener que pedir autorización, pero también podrá prestarlo, rentarlo, etc. Evidentemente, los términos tan amplios en que está contemplada la figura del agotamiento en nuestro país, favorecen y facilitan en gran medida la circulación de los ejemplares de las obras, y limita la facultad de distribución.

5.2.2.3.- *Facultad de comunicación pública.*

La comunicación pública es un acto de explotación conceptualmente opuesto a la distribución, en tanto esta última se refiere a la posibilidad de adquirir la propiedad o el uso de ejemplares de la obra, mientras que en la comunicación pública no hay esa posibilidad de adquirir dominio o uso de soportes materiales.

La LFDA define la comunicación pública en la fr. III de su a. 16:

⁴⁶³ Coincide en esta apreciación, Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17.

No está demás destacar que la fr. I del a. 424 Bis del Código Penal Federal sanciona penalmente: “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o *arriende* copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos” (énfasis añadido). La referencia que hace esa disposición al arrendamiento de ejemplares, ha llevado a que en nuestra doctrina existan voces que consideran que el agotamiento de la facultad de distribución no abarca la modalidad de arrendamiento. Sin embargo, no coincidimos con tal postura, debido a que la norma penal claramente remite a la LFDA, tanto para determinar si la copia de la obra está protegida por la ley, como para determinar si el arrendamiento requería autorización del titular; y si la LFDA establece el agotamiento de la facultad de distribución, es esa propia ley la que extingue la protección autoral a esa copia y libera su arrendamiento de la necesidad de pedir autorización. Por lo que se concluye que sólo comete el referido delito quien renta una copia de una obra, respecto del cual todavía no se ha verificado el agotamiento, es decir, de ejemplares que no se han vendido por primera vez al público.

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

(...)

III.- Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares.

En pocas palabras, la comunicación pública es la difusión de la obra sin circulación de copias destinadas a ser apropiadas o usadas por el público. Por ejemplo, son actos de comunicación pública la exhibición de obras plásticas (pintura, escultura, etc.) o de obras audiovisuales en salas cinematográficas, la ejecución de obras musicales por una orquesta o banda, la transmisión de obras musicales por radio o de audiovisuales por televisión, etc.⁴⁶⁴.

Un requisito indispensable es que la comunicación se haga a una pluralidad de personas calificable como “público”. Por lo general se considera como “público” a las personas ajenas al círculo familiar o privado de aquel que realiza el acto de comunicación de la obra^{465, 466}. Esto es muy importante recalcarlo, pues los derechos de autor sólo sirven para controlar actos de comunicación *pública*, mientras que los actos de comunicación *privada* quedan excluidos de su alcance (como el ver una película con familiares, interpretar una canción a un ser querido o escuchar música con amigos).

Asimismo, para que el acto sea considerado una comunicación pública no se requiere que el público acceda a la obra simultáneamente, ni en el mismo lugar; si bien la simultaneidad es muy común en actos de comunicación pública como recitales musicales o exhibición de películas en salas cinematográficas, hay casos de comunicación pública donde no sucede esto, como en las comunicaciones por Internet, en donde la obra se *pone a disposición* del público, y cada destinatario accede a la obra en un momento y lugar diferente.

Esto ha quedado claro en la definición de comunicación pública de la fr. III del a. 16 de la LFDA, que indica que “la obra se pone al alcance general”, sin requerir simultaneidad temporal o física en cuanto al acceso a la misma. Con esto, nuestra ley retoma la noción de

⁴⁶⁴ Antequera Parilli nos da el siguiente listado ejemplificativo de algunos de los actos comunicación pública más usuales, tales como “las que se efectúan en conciertos, festivales, salas de cine, bares, restaurantes, salas de fiestas, clubes deportivos y sociales, albergues infantiles, cárceles, hospitales, condominios, bancos, supermercados, medios de transporte, cabinas personales en ‘sex-shops’ y tiendas musicales”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 106 y 107.

⁴⁶⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 262; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 183.

⁴⁶⁶ El concepto de “público” se encuentra establecido en nuestra LFDA en el a. 16, fr. IV, cuando al definir la ejecución o representación pública, establece que las obras se presentan a oyentes o espectadores “sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar”. Aquí, el legislador cometió algunos errores técnicos: en primer lugar, la ejecución y la representación públicas son sólo dos modalidades o especies del género “comunicación pública”, por lo que no es muy adecuado definir estas modalidades en forma independiente al género al que pertenecen; en segundo lugar, la definición que ofrece la ley de la ejecución y la representación públicas es tan amplia que en realidad está dando otra definición de comunicación pública. Por consiguiente, la noción de “público” proporcionada por el a. 16, fr. IV, de la LFDA, en sede de ejecución y la representación públicas, es aplicable a cualquier acto de comunicación pública.

“puesta a disposición” del a. 8º del TODA⁴⁶⁷, referida al “derecho de comunicación al público”⁴⁶⁸.

Una vez establecidos los perfiles del acto de explotación “comunicación pública”, procederemos a definir el “derecho patrimonial de comunicación pública” o “facultad de comunicación pública”, y que no debe confundirse con el “derecho de regalías por comunicación pública” (*vid. infra* el apartado 5.3.2.1 del presente capítulo), en tanto el primero es una facultad del derecho de explotación, mientras que el segundo es un derecho de remuneración.

José Luis Caballero Leal nos proporciona la siguiente definición de la facultad en estudio:

El derecho de comunicación pública, mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras⁴⁶⁹.

Antonio Delgado Porras, profundo conocedor del tema de la comunicación pública, nos enuncia las siguientes modalidades que integran la facultad o derecho de comunicación pública, clasificándolos con base a la presencia o no del público en el lugar de origen de la comunicación⁴⁷⁰:

- Derecho exclusivo de comunicación pública:
 - a. Dirigida a un público presente en el lugar de origen de la comunicación:
 - a.1. Derecho exclusivo de exposición pública;
 - a.2. Derecho exclusivo de proyección o exhibición pública;
 - a.3. Derechos exclusivos de representación, recitación o ejecución pública por todos los medios o procedimientos;
 - a.4. Derecho exclusivo de transmisión pública de obras radiodifundidas.
 - b. Dirigida a un público no presente en el lugar de origen de la comunicación:
 - b.1. Derecho exclusivo de radiodifusión:
 - b.1.1. Primaria o derecho exclusivo de emisión;
 - b.1.2. Secundaria o
 - b.1.2.1. Derecho exclusivo de retransmisión por hilo;
 - b.1.2.2. Derecho exclusivo de retransmisión sin hilo;
 - b.2. Derecho exclusivo transmisión por cable unidireccional:
 - b.2.1. Primaria o derecho exclusivo de transmisión inicial por cable;
 - b.2.2. Secundaria o derecho exclusivo de retransmisión por cable de una transmisión inicial por cable;
 - b.3. Derecho exclusivo de puesta a disposición (alámbrica o inalámbrica) bidireccional o “a la carta”⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*.1)ii), 14.1)ii) y 14*bis*.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

⁴⁶⁸ Para mayores detalles sobre este “derecho de comunicación al público”, *cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, pp. 493 y ss; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, pp. 268 y 269; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, pp. 138 a 140.

⁴⁶⁹ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 15.

⁴⁷⁰ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 440, pp. 34 y 35.

⁴⁷¹ En términos similares, pero antes del advenimiento de Internet, Lipszyc nos menciona como modalidades que están comprendidas por el “derecho de comunicación pública”, las siguientes: exposición de

Ahora bien, dicho lo anterior, es pertinente referirnos a las fr. II y III del a. 27 de la LFDA, pues son en las que se regula la facultad de comunicación pública, y que a la letra disponen:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

II.- La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;

b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y

c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

III.- La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

a) Cable;

b) Fibra óptica;

c) Microondas;

d) Vía satélite, o

e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.

Como se observa, nuestro legislador dividió la facultad de comunicación pública en dos fracciones: la primera dedicada a las modalidades de representación, recitación, ejecución y exhibición públicas, así como el acceso público por telecomunicaciones; y la segunda dedicada a la transmisión pública y la radiodifusión. Esto es muy criticable, pues no hay razón alguna para dividir en dos fracciones las diversas modalidades de la comunicación pública, dando la errónea impresión de que además del “derecho de comunicación pública” (fr. II) hay un derecho independiente de “transmisión pública o radiodifusión”⁴⁷², cuando en realidad la radiodifusión y la transmisión pública son únicamente modalidades de la comunicación pública⁴⁷³. Un sector importante de la doctrina mexicana ha advertido este error y ha aclarado que los actos señalados en la fr. III del a. 27 de la LFDA son actos de comunicación pública⁴⁷⁴, encuadrando perfectamente en la definición del a. 16, fr. III, ya citada.

5.2.2.4.- Facultad de transformación.

De todas las facultades que integran el derecho de explotación, la de transformación es la que recibe un tratamiento más deficiente en la LFDA. De entrada, el a. 16 no da una

obras, representación y ejecución públicas, proyección o exhibición pública, radiodifusión, comunicación pública por satélite, por cable y por servicios telemáticos. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 185 a 210.

⁴⁷² Caen en esta trampa Carrillo Toral, Pedro, *op. cit.*, nota 248, p. 30; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 233, pp. 50 y 51; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 227; Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, pp. 212 y 213.

⁴⁷³ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 106; Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 91 y 92; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 187 a 210; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 170 y 171.

⁴⁷⁴ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 16; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, pp. 94 y 95; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 76 (quien indica que el “derecho de transmisión pública o radiodifusión, corresponde a una especie particular de la comunicación pública”); y Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, p. 156.

definición del acto de transformación, como sí lo hace con los de reproducción, comunicación pública y distribución.

A pesar de lo complejo que puede ser el tema de la transformación, podemos definir este acto como la creación de una obra derivada⁴⁷⁵. Consideramos que tal caracterización es acorde con su regulación en la LFDA y con la teoría general del derecho de autor.

Una vez dicho lo anterior, estamos en aptitud de entrar al estudio de la facultad de transformación, para lo cual hay que revisar algunas definiciones doctrinales. La profesora Lipszyc, siguiendo las pautas generales de la legislación comparada, nos da una definición amplia de esta facultad:

El derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etcétera⁴⁷⁶.

Se observa que en esta definición, como en muchas otras⁴⁷⁷, la facultad de transformación es tan amplia que se puede utilizar, incluso, para impedir la *creación* de obras derivadas. Esto es así porque en muchas legislaciones se le atribuye ese alcance a la facultad en estudio.

Sin embargo, en países como México el alcance de la facultad de transformación es más restringido, pues no permite controlar la *creación* de obras derivadas, sino sólo autorizar o prohibir la *difusión* de ese tipo de obras. Como se verá a continuación, conforme a la LFDA⁴⁷⁸, no es necesario obtener autorización para crear una obra derivada; pero la cosa sería diferente si, una vez creada, se pretende hacer llegar al público esa obra derivada, para lo cual sí se requerirá autorización de aquel que detente la facultad de transformación sobre la obra primigenia.

Es por eso que, con referencia a nuestra legislación, Guerra Zamarro indica que la obra derivada “sólo podrá ser comercializada con el consentimiento previo, expreso, temporal y oneroso de su autor primigenio, aunque sí podrá ser realizada y registrada ante la autoridad sin necesidad de cumplir con requisito o consentimiento alguno”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ En este punto es importante distinguir entre obra primigenia (u originaria) y obra derivada. La obra primigenia es aquella que se crea sin estar basada en alguna obra previa. Por el contrario, la obra derivada sí se basa en una obra preexistente; la obra derivada es una obra original en la que su autor transforma la obra previa de otro autor, y crea una obra nueva. Los tipos más comunes de obras derivadas son las traducciones, colecciones, arreglos, adaptaciones o paráfrasis.

La distinción entre obra originaria y obra derivada es recogida en el apartado C del a. 4° de la LFDA:

“Artículo 4°.- Las obras objeto de protección pueden ser:

C. Según su origen:

I. Primigenias: Las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad, y

II. Derivadas: Aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia;”.

⁴⁷⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 211 y 212.

⁴⁷⁷ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 38; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 289; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 18; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 172.

⁴⁷⁸ Algunos tratados prevén una concepción más amplia de la facultad de transformación, como se puede apreciar en el a. 12 del Convenio de Berna.

⁴⁷⁹ Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 248, p. 9.

Por consiguiente, y con base al texto de la LFDA, podría definirse la facultad de transformación como aquella que permite autorizar o prohibir la difusión o explotación de obras derivadas.

Una primera disposición de donde se desprende la facultad de transformación, es la fr. VI del a. 27 de la LFDA, misma que establece:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

VI.- La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y⁴⁸⁰

Llama la atención el uso de la expresión “divulgación”, pues como ya vimos, en lenguaje técnico-autoral significa el acto por cual la obra se pone por primera vez a disposición del público con lo que deja de ser inédita. Empero, consideramos que el legislador empleó erróneamente esa palabra y, dado el contexto, la utilizó como sinónimo de “difusión” (es decir, en su acepción en el lenguaje ordinario).

Esto se ve corroborado por la referencia que hace el a. 78 de la LFDA a la facultad de transformación, en la que claramente se dice que la autorización es requerida para la *explotación* (lo que nos demuestra que no sólo se puede controlar la primera puesta a disposición de la obra derivada, sino cualquier acto de explotación o difusión de ella):

Artículo 78.- Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la Ley.

Cuando las obras derivadas sean del dominio público, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero tal protección no comprenderá el derecho al uso exclusivo de la obra primigenia, ni dará derecho a impedir que se hagan otras versiones de la misma.

En otro orden de ideas, el artículo inmediatamente citado, si bien califica claramente a la facultad de transformación como un “derecho patrimonial”⁴⁸¹, también supedita la explotación de la obra derivada a una autorización del titular de la facultad moral de integridad. Esto último fue una adición hecha en 2003, y plantea el muy complejo problema de la relación entre la facultad de transformación y la de integridad.

Desde luego, en los casos en que el autor no ha comprometido en exclusiva su facultad de transformación (y por ende puede ejercer simultáneamente esta y su facultad de integridad), no se plantea mayor problema. Lo complicado surge cuando el ejercicio de la facultad de transformación corresponde a alguien, pero el de la facultad de integridad pertenece a una persona diferente, lo que nos lleva a una hipótesis de una doble autorización.

⁴⁸⁰ En forma equivocada, Serrano Migallón indica que esta fracción forma parte de la facultad de distribución, y nunca habla ni toma en cuenta a la de transformación. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 78.

⁴⁸¹ La tendencia legislativa contemporánea es concebir a la facultad de transformación como una facultad o derecho de explotación (lo que queda claro con la ubicación de la fr. VI del a. 27 de la LFDA). En este sentido, afirma acertadamente Bondía Román: “La transformación es una forma de explotación de las obras”. Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 21” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 120.

Una lectura apresurada del a. 78 nos podría llevar a la conclusión de que en los casos en que el ejercicio de la facultad de explotación corresponda a alguien que no sea el autor de la obra primigenia, *siempre* se requerirá una doble autorización (una por el derecho moral y otra por el derecho de explotación). Sin embargo, consideramos que esto no es así, pues la integridad y la transformación de una obra son, en principio, cuestiones diferentes. Esto en virtud de que mientras que el acto de transformación implica la creación de una obra nueva (obra derivada), en el caso relativo a la integridad de la obra, es la obra primigenia la que sufre una alteración o modificación en sí misma. Sobre el particular, nos explica Lipszyc:

El derecho moral al respeto de la integridad de la obra es diferente al derecho de transformación – adaptación, compendio, etc.– que forma parte del derecho patrimonial y constituye uno de los modos normales de explotar una obra. (...) Las transformaciones dejan la obra original inalterada en su individualidad primigenia y coexisten con esta y entre sí, pues el derecho al respeto protege la integridad de la obra en su expresión originaria que solo el autor puede modificar⁴⁸².

El problema –nada menor– en muchos casos, es la dificultad de distinguir entre un acto de alteración y un acto de transformación, es decir, si realmente se creó una nueva obra a la que se pueda calificar como derivada o si no hay tal obra nueva, sino sólo una obra alterada.

Pero lo anterior no significa que pueda haber casos en que exista transformación, pero no se afecte la integridad de la obra primigenia. Por ejemplo, cuando un escritor crea una novela en donde el único elemento creativo que toma de otra obra es sólo un personaje; en este caso la novela primigenia no se ve alterada, mientras que en la obra derivada sólo aparece un personaje de la primigenia. Otro ejemplo: cuando se crea la secuela de una película; la primera película no es reeditada ni alterada, sino que con base a ella se creó una nueva película, que retoma elementos creativos de la anterior, pero no altera su integridad.

Aunque también es cierto que hay casos en que un acto puede, al mismo tiempo, alterar una obra primigenia y además crear una obra derivada, en donde concurrirían las facultades de integridad y transformación⁴⁸³. Por ejemplo, sería el caso en que alguien hiciera una compilación de artículos (creación de una obra derivada), pero además modificara el contenido de los artículos (alteración de la obra primigenia). Otro ejemplo se presenta cuando se hace una adaptación cinematográfica de una obra literaria, pero se altera de tal modo la trama, la esencia de los personajes o el desenlace, que se desvirtúa totalmente la obra primigenia.

De cualquier forma, lo que nos debe de quedar claro es que, si bien hay veces en que se traslapan las facultades de integridad y transformación, no siempre que haya un acto de transformación habrá un acto de alteración, ni viceversa.

En este sentido, Bondía Román afirma que hay un acto de transformación cuando se apropian elementos singulares de la obra ajena, de manera que “resulta secundario el que dicha apropiación vaya acompañada o no de una modificación efectiva de los elementos de la creación apropiada”⁴⁸⁴.

Bajo esa tónica, y mejor mirado el texto normativo del a. 78 de la LFDA, podremos concluir que no en todo caso de transformación se requerirá la autorización del titular de la

⁴⁸² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 159.

⁴⁸³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 253.

⁴⁸⁴ Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, nota 481, p. 21.

facultad de integridad, sino sólo en aquellos casos en donde, además de la creación de una obra derivada, exista un atentado contra la integridad de la obra primigenia.

Esto se desprende del mencionado a. 78 cuando exige el “previo consentimiento del titular del derecho moral, *en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la Ley*” (énfasis añadido). Es decir, esa autorización se requiere únicamente en casos de deformación, mutilación o modificación de la obra (que son los casos previstos en la fr. III del a. 21 de la LFDA), no en cualquier caso. Se reitera, sólo en el supuesto de que la transformación traiga aparejada una alteración a la obra primigenia, se requerirá permiso del titular de los derechos morales, en los demás casos no.

5.2.3.- Duración.

Los derechos de explotación tienen una duración limitada. Esto es así porque se busca compatibilizar los derechos exclusivos de los creadores con el interés de la sociedad de acceder a la cultura, entre otros.

Nuestra Constitución prevé expresamente el carácter temporal de los derechos de explotación, cuando en el párrafo noveno de su a. 28 habla “los privilegios que *por determinado tiempo* se concedan a los autores y artistas” (énfasis añadido). De donde se puede desprender una prohibición para que el legislador atribuya carácter perpetuo a los derechos de explotación.

Sin embargo, esto no siempre fue así. De hecho, dada la asimilación que se llegó a hacer de los derechos de autor al derecho real de propiedad, varias leyes del s. XIX consagraron la perpetuidad de los derechos de explotación, tal y como sucedió en México con nuestros códigos civiles de 1870 y 1884. Otro caso muy conocido fue el de Portugal antes de ingresar a la Unión Europea.

Por lo que se refiere a nuestra LFDA, en su texto inicial de 1996, la regla general era que los derechos de explotación duraban toda la vida del autor y 75 años posteriores a su muerte. En el caso de las obras en coautoría, los 75 años *post mortem* se contaban a partir de la fecha de muerte del último colaborador. Se establecía como regla especial que el derecho de explotación duraría 75 años contados a partir de la divulgación de la obra, cuando se tratase de creaciones póstumas o de obras realizadas al servicio oficial de la federación, las entidades federativas o los municipios.

Sin embargo, en 2003 fue reformado el a. 29 de la LFDA para aumentar la duración de los derechos de explotación, estableciéndose ahora, como regla general, un plazo de toda la vida del autor y 100 años *post mortem auctoris*, lo que convirtió a México, hasta donde sabemos, en el país del mundo donde más duran los derechos de explotación.

Por cuanto hace a las reglas especiales, el DOF al publicar el decreto el 23 de julio de 2003, incurrió en ciertos errores relativos a la fr. II del a. 29 de la LFDA, que no aclaran que los 100 años después de divulgadas, sólo aplica a las obras póstumas y a las de creación oficial.

5.2.4.- Dominio Público.

El dominio público es una importante institución que ha recibido poca atención legislativa (nuestra ley sólo le dedica dos escuetos artículos) y poca atención doctrinal⁴⁸⁵.

El dominio público se presenta cuando las obras pueden ser usadas por cualquier persona⁴⁸⁶, es decir, se trata de elementos que no pueden ser privatizados, y por lo tanto, pueden ser libremente utilizados por cualquier miembro del público⁴⁸⁷. En pocas palabras, podríamos decir que el dominio público está integrado por cuestiones que no entran bajo el *ius prohibendi* del derecho de explotación.

En tal tónica está redactado el a. 152 de la LFDA:

Artículo 152.- Las obras del dominio público pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona, con la sola restricción de respetar los derechos morales de los respectivos autores.

Siguiendo a Edward Samuels⁴⁸⁸ podríamos señalar como algunos de los elementos que integran el dominio público los siguientes: las obras respecto de las cuales el plazo de duración del derecho de explotación ya expiró⁴⁸⁹, las creaciones expresamente excluidas de protección⁴⁹⁰, aspectos de una obra que no protegen los derechos de autor⁴⁹¹, etc.

Inclusive, el dominio público es una exigencia constitucional, pues el a. 28 de nuestra Ley Suprema determina que los privilegios a los autores deben ser concedidos “por determinado tiempo”. Desafortunadamente, nuestra doctrina constitucional no ha hecho mayor análisis de la figura del dominio público, la cual suele ser pasada por alto por los comentaristas del a. 28 de la Constitución.

En otro orden de ideas, como explica Lipszyc⁴⁹², existen diversas visiones de lo que es el dominio público, pues mientras para unos es la situación normal del uso de las obras

⁴⁸⁵ Sólo en tiempos recientes ha surgido un interés por estudiar más los contenidos y alcances de esta figura e, incluso, para ir construyendo una “teoría del dominio público”.

⁴⁸⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 265.

⁴⁸⁷ Litman, Jessica, “The public domain”, *Emory law journal*, EUA, núm. 965, otoño 1990, www.law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf, p. 9, enero 2008.

⁴⁸⁸ Samuels, Edward, “The public domain in copyright law”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 41, 1993, p. 152.

⁴⁸⁹ Esta es la causal más común para considerar algo dentro del dominio público. El texto original del último párrafo del a. 29 de la LFDA, determina: “Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público”.

Empero dados los errores de publicación del ejemplar de 23 de julio de 2003 del DOF, muchos consideran que el citado párrafo ya no está vigente. No compartimos esa opinión, ya que tal párrafo fue publicado en el DOF el 24 de diciembre de 1996, y el Congreso de la Unión no lo derogó en las reformas de 2003, por lo que ninguna interpretación de la publicación de 23 de julio de 2003 puede quitarle vigencia a una norma sancionada por el legislativo, que no ha sido derogada por ese órgano y que está publicada desde 1996.

⁴⁹⁰ Por ejemplo, la fr. VIII del a. 14 de la LFDA excluye de protección autoral a los textos legislativos, reglamentarios, administrativos y judiciales.

⁴⁹¹ Como ejemplo, podemos citar las ideas y la información en general, como se desprende de las fr. I, II, III, IX y X del a. 14 de la LFDA.

⁴⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 265.

(respecto de la cual los derechos de autor son sólo una excepción temporal)⁴⁹³, para otros es una restricción legislativa al derecho de los autores⁴⁹⁴.

En fin, hay que hacer referencia a la figura del llamado dominio público pagante, oneroso o remunerado, por virtud del cual el uso de obras del dominio público no requiere autorización (en tanto ya se extinguieron los derechos de explotación sobre ellas) pero está sujeto a la realización de un pago⁴⁹⁵. Esta figura surgió en los países socialistas⁴⁹⁶, aunque luego tuvo acogida en países latinoamericanos como Argentina, Uruguay y México⁴⁹⁷. En la actualidad el dominio público oneroso ya no existe en México, pero en tiempos recientes han existido iniciativas para instaurarlo otra vez⁴⁹⁸, lo cual, en principio, no estimamos adecuado, ya que se dificulta el acceso a la cultura sin beneficiar a los autores o a sus sucesores más cercanos.

5.2.5.- Régimen contractual.

Haciendo un ejercicio de comparación legislativa, podremos percatarnos que en materia de contratos sobre derechos de explotación existen dos grandes tendencias: por un lado, la que permite la transmisión entre vivos de los derechos de explotación y, por otro lado, la que proclama la inalienabilidad de esos derechos.

Las legislaciones que pertenecen a la primera tendencia, regulan dos negocios jurídicos diferentes: *a*) la cesión o transmisión, y *b*) la concesión o licencia⁴⁹⁹. Las cesiones o transmisiones serán, en estos casos, actos jurídicos por medio de los cuales se transfiere la titularidad del derecho de explotación. En cambio, la naturaleza jurídica de la licencia o concesión es diversa, pues el autor (o en su caso el titular derivado) no se desprende de la titularidad del derecho de explotación, sino que únicamente concede autorizaciones temporales a favor de terceros, de manera que el derecho de explotación no abandona el patrimonio de su titular, ni entra en el patrimonio del licenciario⁵⁰⁰.

Por lo que hace a la segunda tendencia, las legislaciones no regulan dos figuras contractuales en materia de derechos de explotación, sino que, bajo la doctrina germánica del *Einräumung von Nutzungsrechten*, sólo contemplan una única figura contractual, consistente en una autorización que no implica una enajenación de la titularidad del

⁴⁹³ Cfr. Boyle, James, "The second enclosure movement and the construction of the public domain" en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain. Collected papers*, EUA, Center for the Public Domain, 2003, p. 60.

⁴⁹⁴ Por ejemplo, para Samuels el dominio público es simplemente lo que queda desprotegido después de tomar en cuenta todos los alcances de la protección que brindan los derechos de autor. Cfr. Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 488, p. 140.

⁴⁹⁵ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 755; Harvey, Edwin R., *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 40; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, pp. 79 y 80; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 265 a 267.

⁴⁹⁶ Apareció en 1919 en la URSS y se extendió a Bulgaria, Rumania, Yugoslavia y Alemania Oriental. Cfr. Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 80.

⁴⁹⁷ En México, hasta las reformas de 1993, se debía pagar a la SEP el 2% del total generado por la explotación de una obra del dominio público. Cfr. Carrillo Toral, Pedro, *op. cit.*, nota 248, p. 59.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, la iniciativa presentada en el Senado el 8 de noviembre de 2001.

⁴⁹⁹ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 128.

⁵⁰⁰ Dentro de esta tendencia encontramos a los países del sistema del *copyright*, quienes contemplan las figuras de la *assignment* (cesión) y la *license* (licencia); por ejemplo, los EUA, Canadá y el Reino Unido. Pero como parte de esta tendencia, también podemos encontrar a algunos países del sistema de *droit d'auteur* como Francia e Italia, los cuales contemplan la dicotomía cesión/concesión.

derecho de explotación, el cual únicamente podrá transferirse por causa de muerte. Ese negocio jurídico único ha tomado en la doctrina diversos nombres: “autorización”, “transferencia del derecho de uso”, “cesión”, “licencia”, etc., y, como nos afirma Goldstein⁵⁰¹, la naturaleza jurídica de ese negocio jurídico es muy similar a una licencia⁵⁰².

Con orígenes en la llamada teoría “monista” de los derechos de autor, esta prohibición de enajenación del derecho de explotación, fue una solución al problema de que los autores se desprendían fácil e irremediamente de sus derechos, dadas las condiciones de desigualdad en las negociaciones y a las presiones que no podían resistir⁵⁰³. Esta segunda tendencia (*Einräumung von Nutzungsrechten*) cobra cada vez más adeptos, pues como afirma Delia Lipszyc, la facilidad con la que los autores suelen perder sus derechos

ha conducido al rechazo de la transmisión *inter vivos* por cesión con transferencia de la titularidad del derecho de explotación. La tendencia ha sido a concebir el derecho patrimonial de autor como un derecho a autorizar la utilización de la obra a través de licencias específicas, exclusivas o no exclusivas⁵⁰⁴.

Nuestra LFDA se encuentra en esta segunda tendencia, no obstante su falta de uniformidad terminológica que podría conducir a confusión⁵⁰⁵. Esto no debería sorprendernos, pues la inconsistencia terminológica en materia contractual es uno de los defectos que heredamos de la legislación española⁵⁰⁶. Sobre este punto, el profesor Rodríguez Tapia nos explica que la Ley de Propiedad Intelectual de España emplea un variado catálogo de expresiones ambivalentes o contradictorias, siendo tal imprecisión

⁵⁰¹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 219.

En terminos similares, *cfr.* Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 606 (quien nos dice que en estos casos no hay desposesión de la titularidad del derecho de autor, sino que es un negocio muy análogo a la licencia de patentes).

Cuestión también explicada por Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 256.

El ABC del Derecho de Autor de la UNESCO indica que en algunos países “los derechos no pueden transferirse ni en todo ni en parte, como en el caso de los derechos sobre bienes inmuebles. Únicamente pueden ser objeto de licencias de explotación”. *Op. cit.*, nota 226, p. 51.

De igual forma, en el documento *Basic notions of copyright and related rights* de la OMPI, se señala: “In some countries, an assignment of copyright is not legally possible, and only licensing is allowed. Licensing means that the owner of the copyright remains the owner but authorizes someone else to carry out certain acts covered by his economic rights, generally for a specific period of time and for a specific purpose”.

⁵⁰² Como ejemplo de las legislaciones agrupadas dentro de esta segunda tendencia podemos mencionar la alemana (considerada como la máxima exponente de esta corriente), la austriaca (que fue la que originó esta corriente con su ley de 1936), la española y la mexicana.

⁵⁰³ Esta situación que generó muchas críticas y protestas, llegándose a afirmar que los derechos de autor eran, en realidad, *derechos de editor*. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 271.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 272.

⁵⁰⁵ La LFDA utiliza las siguientes expresiones: “transmisión” (aa. 30, 31, 32, 33, 34, 163 fr. V, y 229 fr. I), “licencia de uso exclusiva” (a. 30), “licencia de uso no exclusiva” (a. 30), “licencia exclusiva” (a. 35), “autorización” (aa. 35, 39, 66, 74, 78, 79, 86, 148, 149, 171, 229 fr. IX y X, así como 221 en sus fr. I, III y IV), “transferencia” (a. 38), “cesión” (aa. 43, 58, 103 y 171), “concesión” (aa. 61 y 85), “concesión exclusiva” (a. 61), “cesión en exclusiva” (aa. 68 y 99), “licencia” (aa. 105 y 229 fr. I), “conferir” (a. 163 fr. V), y “adquisición” (a. 171).

⁵⁰⁶ Muchos de los artículos de la LFDA están inspirados e, incluso, llegan a ser copias, de disposiciones de la legislación autoral española. Por ejemplo, *cfr.* el a. 35 de la LFDA con el 48 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española

terminológica fruto de la casualidad y no de la deliberación, pues no reflejan distintas realidades jurídicas, concluyendo que: “Poco importa que llamemos al acto de transmisión, autorización, concesión o cesión, si los efectos que se derivan van a ser los mismos. Lo que determinará la diferencia, a mi juicio, será la posición exclusiva del autorizado, cesionario o concesionario”⁵⁰⁷.

En la doctrina mexicana hay un sector mayoritario que reconoce que la titularidad del derecho de explotación no puede realmente transmitirse, lo que implica que nuestro país no admite la dicotomía cesión/concesión⁵⁰⁸, sino sólo regula un mismo negocio jurídico al que indistintamente la ley le llama “transmisión”, “licencia”, “cesión”, “concesión” o “transferencia”⁵⁰⁹.

En México, como en el resto de los países de la corriente *Einräumung von Nutzungsrechten*, el acto jurídico que indistintamente puede denominarse “cesión”, “licencia” o de cualquier otra forma, admite dos modalidades que determinan su alcance: la

⁵⁰⁷ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 77.

De igual forma nos explica Espín Alba: “El legislador español, a pesar de una cierta falta de precisión terminológica, no ha adoptado la dicotomía cesión/concesión, presentando un negocio jurídico único: la cesión, que puede ser total o parcial, en exclusiva o no”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 144.

Mientras que Miserachs i Sala apunta: “El autor de una obra del ingenio puede autorizar o consentir que un tercero explote o utilice su creación, a título gratuito o a cambio de una remuneración. Esta autorización o licencia *se denomina cesión*” (énfasis añadido). Miserachs i Sala, Pau, *La propiedad intelectual*, Barcelona, Fausí, 1987, p. 92.

Cfr. también Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 56; y Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “Comentario al artículo 43” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 747.

⁵⁰⁸ De la Parra Trujillo, Eduardo, “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IIJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007, p. 106 (con serios errores de edición); González Camarena Coss y León, Juan Antonio, *Consideraciones sobre la transmisión de derechos en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, ITAM, 2002, p. 51; Ortega González, Salvador, “Y los títulos de las obras..., ¿están protegidos?”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 13; Rangel Ortiz, Alfredo, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor. ¿Cesión de derechos?” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 264; Román Esnaurizar, Luis Gerardo, *La transmisión del derecho patrimonial de autor*, tesis para obtener el título de abogado, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, p. 141; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 110 y 111; Torres-Septién Torres, Enrique, “Breves consideraciones sobre la nueva Ley Federal del Derecho de Autor” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 79.

⁵⁰⁹ Entre las razones que se pueden invocar para sustentar estas conclusiones respecto a la LFDA, están: (a) la ambigüedad sintáctica del texto contenido en el a. 30 de esa ley, (b) la temporalidad de las cesiones prevista en los aa. 30 y 33 de la LFDA, y la consecuente ausencia de un verdadero desprendimiento del derecho de explotación; (c) la diferente posición jurídica del autor y su contratante –pues este último no queda en la misma situación jurídica que tenía el autor antes de la cesión–, (d) la terminología del articulado de la LFDA al utilizar diversas expresiones para referirse a un mismo negocio jurídico, (e) la exposición de motivos de la LFDA, (f) la no embargabilidad ni pignorabilidad del derecho de explotación ordenada por el a. 41 de la LFDA, (g) la denominación del Título III de la LFDA, (h) la influencia de la legislación española, y (i) otras disposiciones jurídicas –como el a. 10 del Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía, que habla de cesiones que pueden ser o no exclusivas (clasificación que no se admite en los sistemas que adoptan la dicotomía cesión/concesión)–.

Para profundizar sobre esas razones y para mayores referencias bibliográficas sobre el tema, cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 508, pp. 112 a 123.

exclusiva y la no exclusiva. De esta forma, como bien afirma Rodríguez Tapia⁵¹⁰, lo que determina la diferencia es si la “cesión”, “autorización” o “concesión”, fue exclusiva o no.

La licencia o cesión no exclusiva consiste en una mera o simple autorización, pues se trata de un acto jurídico por el que el licenciatarario o cesionario queda facultado para realizar ciertos usos de la obra; usos que serían ilícitos sin contar con esa autorización (por estar amparados dentro del ámbito del *ius prohibendi* del derecho de explotación). En su a. 35 la LFDA establece una presunción de no exclusividad de los contratos, lo que significa que para que exista exclusividad debe haber pacto expreso.

En cambio, en la licencia o cesión exclusiva, el autorizado es el único que puede explotar la obra (por lo general, en alguna modalidad limitada), incluso con exclusión del propio autor⁵¹¹. Durante el plazo de cesión, la posición del autor será similar a la de un nudo propietario en caso de un usufructo, pues aunque es el titular del derecho de explotación, no podrá usar la obra en las modalidades dadas en exclusiva; pero al vencer el plazo, recuperaría el *ius utendi* y el *ius fruendi* de su derecho de explotación, consolidándose nuevamente tal derecho subjetivo⁵¹².

Ahora bien, nuestra LFDA, como muchas otras leyes autorales del sistema continental e, incluso del *copyright*⁵¹³, establece una serie de normas tutelares de los autores en materia de contratación⁵¹⁴. Se suele reconocer que, en la mayoría de los casos, el autor se encuentra en una situación de desigualdad frente a sus contratantes, la cual se traduce en una posición más débil en la negociación⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 507, p. 77.

⁵¹¹ El cesionario en exclusiva sólo estará facultado para, a su vez, conceder autorizaciones no exclusivas, pero de ninguna manera podrá ceder en exclusiva a otro sus derechos, salvo pacto en contrario, como se desprende del a. 35 de la LFDA.

⁵¹² Busch afirma que “aun en el caso de que el autor ceda un concreto derecho económico de explotación, no lo pierde nunca de forma total, sino que, en forma similar a un usufructo o embargo, se debe considerar el derecho cedido como gravado con la cesión a favor del tercero, aunque el derecho quede con el autor. Por ello, en cuanto se han cumplido los contenidos de la cesión, se elimina de forma automática el gravamen y el derecho de autor renace o revierte en su forma inicial en la persona del autor (o de su heredero)”. Busch, Cristina, “La transmisión de los derechos” en VV.AA., *El futuro de la creación*, Madrid, Fundación Arte y Derecho / Trama, 2003, p. 127.

De igual forma, Rodríguez Tapia estima “que la recuperación del derecho por el cedente es un fenómeno similar al de la consolidación del derecho in re aliena en el dominus por elasticidad del dominio”. Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 507, p. 212.

⁵¹³ Por ejemplo, el profesor Goldstein indica: “US law treats authors more paternalistically in their copyright contract dealings than the nation’s vaunted traditions of contractual autonomy would predict”. Goldstein, Paul, “Paternalism and autonomy in copyright contracts” en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 260.

Mientras que Borghi y Montagnani explican: “Restrictions on freedom of copyright contract are built into both common and civil law copyright systems, yet encounter differences as to purpose, scope and effectiveness”. también Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 501, p. 252.

⁵¹⁴ Cfr. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 24; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 146; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 110.

⁵¹⁵ Espín Alba indica: “Una vez más estamos ante el carácter tuitivo de la legislación de derechos de autor. De hecho, habida cuenta la posición más débil del autor, se instituyeron unas reglas generales caracterizadas por un fuerte espíritu de tutela del creador intelectual, con base en un orden público económico de protección, en la línea de los Convenios Internacionales y de la más moderna doctrina autoralista”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 137.

Por su parte, Claude Colombet, establece que: “Varias legislaciones se preocupan de la protección del autor cuando éste debe inevitablemente firmar contratos para la explotación de su creación. (...) No obstante,

Guibault nos explica que ciertas prácticas contractuales llevaron a la creación de monopolios y cárteles, de manera que para finales del s. XIX dichas prácticas no sólo habían alterado el procedimiento competitivo, sino que habían afectado el equilibrio en el poder de negociación entre las partes. Por consiguiente, en ciertas áreas, más que ser un motor para la autonomía (y para el beneficio mutuo en la celebración de un contrato), la libertad de contratación se convirtió en un medio del que se valía la parte más fuerte para limitar a la más débil e imponerle sus condiciones⁵¹⁶.

Continúa explicando la citada autora que, además de los arrendatarios y los trabajadores –y los consumidores, nos permitimos añadir–, los autores representan uno de esos grupos sociales para los que se requiere una protección reforzada; afirmando que en Francia, las disparidades económicas entre autores y editores fueron consideradas tan importantes, que durante la década de 1950 se empezaron a tomar una serie de medidas para una mayor equidad en las relaciones contractuales de los autores⁵¹⁷.

Siguiendo esa tendencia normativa⁵¹⁸, el legislador mexicano dictó una serie de disposiciones para fortalecer la posición del autor, propiciando un verdadero equilibrio y una mayor igualdad en la relación contractual. Y es que mal podría el legislador permitir que los propósitos de la ley autoral (entre ellos, el permitir que el autor viva de la explotación de su obra) fueran fácilmente frustrados por la vía contractual⁵¹⁹; de nada sirve conceder una serie de derechos a los autores, si la protección puede esfumarse fácilmente mediante cierta presión ejercida a través de un contrato.

Dentro de las normas generales en materia de contratación previstas en la LFDA y que son tuitivas a los autores, destacan tres reglas: la de onerosidad, la de temporalidad y la de formalidad escrita⁵²⁰. Veamos brevísimamente cada una de ellas.

La regla de *onerosidad* está prevista en el segundo párrafo del a. 30 de la LFDA, cuando establece que “toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa”. Mientras que el a. 31 de esa ley indica las formas en que se puede satisfacer el requisito de onerosidad: a tanto alzado o una participación proporcional en los ingresos de la obra⁵²¹.

El requisito de *temporalidad* se contiene en el a. 30, segundo párrafo, de la LFDA, al indicarse que toda cesión del derecho de explotación debe ser, precisamente, temporal. Por su parte, el a. 33 de la legislación autoral concretiza esa regla de temporalidad, al

este regreso al equilibrio de la situación contractual sólo puede llevarse a cabo a través de una serie de disposiciones legislativas limitativas, que se apartan del sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 102 y 103.

Cfr. también Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 501, p. 252.

⁵¹⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 184, p. 143.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 146.

⁵¹⁸ “Protection during the negotiation of the transfer results in the principle of the *pro autore* interpretation reserved for copyright agreements in almost all civil law countries”. Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 501, p. 253.

⁵¹⁹ En este sentido, nos explica Delia Lipszyc que es necesario que las leyes autorales determinen, con carácter obligatorio y general, unas condiciones mínimas que hagan posible que la explotación de las obras se lleve a cabo sin menoscabo de la finalidad político-jurídica de la materia. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 274.

⁵²⁰ Arteaga Alvarado, María del Carmen, *op. cit.*, nota 431, p. 6; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 508, p. 125; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 139.

⁵²¹ Esta participación proporcional como contraprestación contractual por la cesión o licencia, no debe confundirse con el derecho de regalías por comunicación pública previstas en el a. 26 Bis de la LFDA, el cual se explica *infra* el apartado 5.3.2.1 del presente capítulo.

establecerse un plazo máximo de cesión de 15 años⁵²², y determinando que a falta de pacto expreso sobre el plazo en un contrato, se entiende que las partes fijaron un término de 5 años⁵²³.

En cuanto al tercer requisito, la LFDA, en su a. 30 *in fine*, indica que toda cesión de derechos debe celebrarse invariablemente por escrito; por lo que no hay cabida para acuerdos verbales. La consecuencia jurídica de no cumplir con la formalidad escrita, es la nulidad de pleno derecho del contrato, lo cual es una sanción muy fuerte y poco común en el derecho mexicano, ya que implica que la nulidad suerte efectos *ipso iure*, a diferencia de la mayoría de casos de nulidad absoluta que, conforme al a. 2226 del CCF, requieren de previa declaración judicial.

No obstante, esas no son las únicas disposiciones generales que en materia contractual prevé la LFDA, sino que pueden enunciarse también las siguientes: independencia de las facultades y modalidades del derecho de explotación e interpretación restrictiva de los contratos (a. 28)⁵²⁴, obligación de explotación de la obra cuando el contrato es en exclusiva (a. 35)⁵²⁵, nulidad del pacto de no creación de obra (a. 34)⁵²⁶, principio *in dubio pro auctore* (expreso en el a. 83 Bis para contratos de encargo de obra, e implícito en los demás casos)⁵²⁷, nulidad del pacto de transmisión global de obra futura (a. 34)⁵²⁸, no transmisión de los derechos de autor cuando se enajene la propiedad del soporte material de una obra (a. 38)⁵²⁹, entre otros.

Empero, y a pesar que LFDA es muy tuitiva del autor en varias de sus normas contractuales, no contempla (al menos expresamente) varios mecanismos de protección en las relaciones contractuales que sí existen en otros países, como la acción de remuneración no equitativa, la prohibición de cesión para modalidades de explotación inexistentes al momento de celebrar el contrato, limitación al país de celebración del contrato ante la falta de pacto de ámbito territorial de la cesión, la obligación de que las contraprestaciones sean proporcionales a los ingresos de la explotación de la obra como regla general y que la contraprestación a tanto alzado sea una excepción admisible sólo en ciertos casos, etc.

⁵²² Como excepción, la LFDA permite pactar plazos mayores a 15 años “cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique”.

Asimismo, hay casos especiales en que, sin romper la regla de la onerosidad y sin dispensar la existencia de un plazo, el contrato podrá tener una duración mayor a los 15 años, como sucede con el contrato de edición literaria (a. 43 de la LFDA) o los programas de computación (a. 103 *in fine* de la LFDA).

⁵²³ De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 508, p. 128; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 278 y 279.

⁵²⁴ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 127 y 128; Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 501, p. 254; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 26 y 29; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 105; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, pp. 120 y 147; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 277; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 112.

⁵²⁵ Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 501, p. 255; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 29; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 148; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 280.

⁵²⁶ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 28; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 278.

⁵²⁷ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 28.

⁵²⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 859; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 27; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 106; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 120; Evangelio Llorca, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 170; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 225; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 278; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 279; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 116.

⁵²⁹ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 29; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 104; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 280; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 116.

Asimismo, dentro de las normas generales en materia de contratación, la LFDA contempla disposiciones relativas al contrato de encargo de obra y a las obras creadas bajo relación laboral. Y además de las reglas generales de contratación, la ley contiene disposiciones especiales respecto de los siguientes contratos típicos: contrato de edición literaria, contrato de edición musical, contrato de representación escénica, contrato de radiodifusión, contrato de producción audiovisual y contratos publicitarios.

5.3.- *Derechos de simple remuneración.*

El tercer tipo de derechos de autor es el conocido como “derechos de remuneración” o “derechos de simple remuneración”.

Como señalamos en el apartado 5 del presente capítulo, este tipo de derechos está adquiriendo una importancia creciente, aunque desafortunadamente la doctrina sobre los mismos no es comparable a la de los derechos morales o a la de los de explotación. No obstante, su estudio es, hoy por hoy, insoslayable. Esto en virtud de que –aunque parezca obvio y algunos pretendan negarlo– existen, es decir, están en la ley y en los tratados.

Estimamos que no se puede desconocer que, considerados como derechos subjetivos, los derechos de remuneración tienen una estructura diferente de los derechos morales y de los derechos de explotación, lo que impide asimilar al primero con los últimos⁵³⁰. En efecto, como se verá a continuación, los derechos morales y de explotación se caracterizan por ser derechos exclusivos, rasgo que no aparece en los derechos de simple remuneración.

De hecho, como ya se dijo, el Pleno de la SCJN en jurisprudencia por contradicción, reconoció la existencia de derechos de remuneración en la LFDA y los diferenció de los derechos de explotación y morales⁵³¹. Asimismo, un sector de la doctrina mexicana (quizá todavía no mayoritario) ha puntualizado las diferencias de los derechos de simple remuneración y su fundamento en la LFDA⁵³².

Y es que la categoría de los derechos de remuneración no ha sido pacífica en nuestro país. Esto se debe en parte a que, como bien apunta Sara Martín Salamanca⁵³³, no existe un

⁵³⁰ A veces se dice que los derechos de remuneración son derechos patrimoniales. Tal afirmación es válida si por “derechos patrimoniales” entendemos “derechos de contenido económico”. Pero no vale si – como lo hace el a. 24 de la LFDA– por “derechos patrimoniales” entendemos “derechos de explotación” (pues estos son derechos *exclusivos*, que además tienen contenido económico).

⁵³¹ Cfr. “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

⁵³² Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2005, pp. 18 a 26; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Meade Hervert, Oliver, *op. cit.*, nota 338, p. 205; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 431, p. 6; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 155 a 162; Schmidt, Luis C., “Court fails to answer remuneration questions”, *Managing IP*, Reino Unido, 2005, p. 25.

Garza Barbosa también considera que en México hay derechos de remuneración, refiriéndose concretamente al derecho de regalías por comunicación pública (vinculándolo al derecho de remuneración de los artistas), pero sin explicar sus diferencias con el derecho de explotación. Cfr. Garza Barbosa, Roberto, “The philosophical approaches to intellectual property and legal transplants. The Mexican Supreme Court and NAFTA article 1705”, *Houston journal of international law*, vol. 31, núm. 3, 2009, p. 547.

⁵³³ Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004, p. 43.

concepto legal de “derecho de remuneración”⁵³⁴, sino que: “Como fenómeno jurídico ha sido identificado por la doctrina, pero sus perfiles como categoría con autonomía requieren una labor de (re-)construcción inductiva, a partir de los textos legales”⁵³⁵.

Tema diferente al estructural, es el relativo a en qué casos deben otorgarse derechos de remuneración. Aquí ya no se responde a la pregunta ¿qué son los derechos de remuneración?, sino la cuestión de ¿cuándo deberían existir derechos de remuneración? Íntimamente relacionado con este punto, está lo relativo a la política legislativa de cómo hacer que interactúen los derechos de remuneración con los derechos de explotación. Estas cuestiones exceden por mucho las pretensiones del presente apartado, por lo que no las abordaremos aquí, y sólo más adelante en algunos de sus aspectos (en lo que nos sea útil para la presente investigación).

A continuación procederemos a caracterizar este tercer tipo de derechos, y a explicar brevemente su distinción con los derechos de explotación.

5.3.1.- Caracteres.

El rasgo esencial de los derechos de remuneración es su carácter no exclusivo: son derechos que no permiten controlar los usos de las obras, sino sólo obtener ciertas cantidades de dinero cuando se realicen ciertas utilidades previstas por ley.

Esto nos lo pone de relieve Germán Bercovitz, cuando afirma:

Tales derechos de simple remuneración se caracterizan porque, a diferencia de los derechos exclusivos, no permiten controlar los usos de la obra. Lo único que permiten al autor es el cobro de determinadas cantidades cuando se produzcan determinadas utilidades de la obra. Pero sin que tenga capacidad de control o decisión alguna sobre las mismas⁵³⁶.

⁵³⁴ Aunque como ya vimos (*supra* apartado 5 del presente capítulo), algunas leyes ya reconocen expresamente una tercera categoría de derechos que no embonan dentro de los morales, ni dentro de los de explotación.

⁵³⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 43.

⁵³⁶ Bercovitz, Germán, “Tema 5: El derecho de participación y el derecho de remuneración por copia privada” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 127.

Por su parte, Gutiérrez Vicén explica lo siguiente respecto de los derechos de remuneración: “Esta denominación quiere expresar que, así como el derecho a explotar la obra en cualquiera de sus formas es un derecho exclusivo o discrecional del autor, para el que goza de amplias facultades, en el caso de los ‘derechos de simple remuneración’ el autor no puede autorizar o prohibir determinadas actividades en las que se vea afectada su obra, si bien dispone del derecho a recibir una retribución que le compense por estos usos”. Gutiérrez Vicén, Javier, “Otros derechos” en VV.AA., *El futuro de la creación*, Madrid, Fundación Arte y Derecho / Trama, 2003, p. 102.

En términos similares *vid.* Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 24” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 486 y 487; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 259 (con especial referencia al derecho de remuneración por copia privada); De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, pp. 77 y 78; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 18; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 224, p. 55; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, p. 162; y Serrano Gómez, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 46.

O como indica Martín Salamanca: “supuestos, en que se retribuye una utilización del objeto protegido que es más o menos independiente de la voluntad del titular-acreedor”⁵³⁷.

Así las cosas, mientras que, como consecuencia del *ius prohibendi*, los derechos de explotación facultan para autorizar o prohibir ciertos usos de las obras, los derechos de remuneración no sirven para tal fin, sino sólo para hacer exigibles ciertas cantidades de dinero. En pocas palabras: mientras los derechos de explotación son exclusivos, los de simple remuneración no lo son.

En otro orden de ideas, y dada su peculiar naturaleza, los *derechos de remuneración* están integrados por dos aspectos o dimensiones (de ahí que los alemanes hablen de una *Doppelnatur*): el derecho abstracto *a ser remunerado* y el derecho *a la remuneración*⁵³⁸.

El *derecho a ser remunerado* es la dimensión abstracta o genérica a obtener una remuneración siempre que se realicen ciertas utilizaciones de las obras (*Stammrecht* o *Vergüingsbefugnis*)⁵³⁹; mientras que el *derecho a la remuneración* o derecho sobre la remuneración es el concreto e individualizado derecho de crédito frente a un sujeto determinado que es el que realizó un acto específico de utilización de la obra (*Vergütungsanspruch*)⁵⁴⁰.

En el *derecho de remuneración*, debe decirse que el *derecho (potencial)* a ser remunerado corresponde al sujeto que crea o realiza la prestación determinada desde ese instante. Por otro lado, será la verificación del supuesto de hecho legalmente tipificado la que dé origen al crédito singular (y, por tanto, al *derecho sobre la remuneración*). Hasta entonces, el titular no es acreedor de nada⁵⁴¹.

Una vez pagado por el deudor el derecho a la remuneración (derecho de crédito) por la realización determinada utilización de la obra, se extingue el concreto derecho a la remuneración correlativo a ese uso; pero el derecho abstracto a ser remunerado sigue vigente (pues el pago del crédito no lo agota), por lo que si en el futuro se genera otra utilización de la obra (hecha por el mismo o por otro usuario), nacerá un nuevo derecho a la remuneración que, a su vez, se extinguirá con el respectivo pago.

Así, con base a un mismo derecho a ser remunerado pueden generarse tantos de derechos a la remuneración, cuantas utilizaciones de obras puedan realizarse durante la vigencia del derecho abstracto a ser remunerado. De ahí la importancia de distinguir las dos dimensiones de los derechos de simple remuneración.

En fin, cabe destacar que los derechos de remuneración suelen ser configurados en forma tuitiva mediante una indisponibilidad voluntaria por parte del autor, de manera que sólo es factible su transmisión *mortis causa*⁵⁴². Esta garantía de indisponibilidad es

⁵³⁷ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 30. En este tenor, la citada jurista nos apunta que la categoría “derecho de remuneración” cobra valor por su oposición al “derecho de explotación”. *Ibidem*, p. 68.

⁵³⁸ *Ibidem*, pp. 35, 69 y 70.

⁵³⁹ Sara Martín define a esta dimensión como “una facultad en estado abstracto o potencial, que la ley confiere a su titular, para exigir una prestación patrimonial (muchas veces por determinar), caso de verificarse ciertas utilizaciones de una obra o prestación protegida, señaladas legalmente”. Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 75.

⁵⁴⁰ *Vid.* por todo, *ibidem*, pp. 69 y 70.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 79.

De ahí que Casas Vallés nos diga que “la existencia del derecho es independiente de su activación”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, p. 486.

⁵⁴² Empero, y en un criterio bastante cuestionable, el Pleno de la SCJN dictó una jurisprudencia sobre un derecho de remuneración (el de regalías por comunicación pública), en la que señaló que este derecho, a pesar de ser irrenunciable, sí puede transmitirse por actos entre vivos, alegando que los jueces no pueden

explicada por Sara Martín Salamanca afirmando que es “una medida de aseguramiento o protección frente al despojo, vía contractual, del derecho a la percepción, abstractamente concebido”⁵⁴³.

5.3.2.- Derechos reconocidos en la legislación mexicana.

A diferencia de lo que sucede con los derechos de explotación, los derechos de remuneración suelen preverse en la ley en forma taxativa⁵⁴⁴, por lo que hay que analizar el texto de la LFDA para poder saber qué derechos de remuneración se encuentran previstos en ese ordenamiento.

De una revisión del texto de la LFDA, podemos concluir que, en materia de derechos de autor, se contemplan dos derechos que estructuralmente pueden ser considerados como derechos de remuneración⁵⁴⁵: el derecho de regalías por comunicación pública y el *droit de suite*. Veamos brevemente cada uno de estos derechos.

5.3.2.1.- Derecho de regalías por comunicación pública.

Este derecho se encuentra previsto en el a. 26 Bis de la LFDA, y faculta al autor (o en su caso, al causahabiente de este derecho⁵⁴⁶) a cobrar una regalía cada vez que se hagan actos de comunicación pública de la obra.

legislar y que si el legislador no atribuyó la característica de intransmisibilidad *inter vivos*, el juzgador no podía reconocerla. *Cfr.* la jurisprudencia de rubro “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. ES TRANSMISIBLE A TERCEROS EN VIDA DEL AUTOR”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, México, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 7.

⁵⁴³ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 106.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁴⁵ Puede argumentarse que la “remuneración compensatoria” a la que se refiere el a. 147 de la LFDA es susceptible de calificarse como un derecho de simple remuneración, en tanto el autor sólo está facultado para recibir esa cantidad de dinero, pero sin poder controlar los usos de su obra.

Si bien tal argumento no es del todo descabellado, tenemos al menos tres razones para no incluir tal “remuneración compensatoria” en el listado de derechos de simple remuneración y no tratarlo aquí conjuntamente con el *droit de suite* y el derecho de regalías por comunicación pública, a saber:

a) Porque esa “remuneración compensatoria” se tiene que pagar como consecuencia de una determinación de la administración pública, mientras que en los otros casos la determinación viene del legislador;

b) No comparte la doble dimensión de todo derecho de remuneración, en tanto en este caso no se presenta el derecho abstracto a ser remunerado (*Stammrecht* o *Vergüingsbefugnis*), sino que desde el principio hay un derecho de crédito individualizado contra un deudor, es decir, el derecho a la remuneración (*Vergütungsanspruch*); y

c) Principalmente, porque al derivarse tal pago de una *licencia obligatoria* (en la que la administración pública se pone en la posición del titular del derecho de explotación y emite su voluntad para conceder una autorización particular), su naturaleza está más cercana a la de una contraprestación contractual, que a la de una remuneración surgida de una obligación general fijada *ex lege*.

⁵⁴⁶ Aunque el texto del a. 26 Bis habla del autor “y” su causahabiente, tanto la Primera Sala (amparos en revisión 45/2005, 581/2005 y 58/2006) como la Segunda Sala de la SCJN (amparo en revisión 105/2005) coincidieron en que debe prevalecer una interpretación jurídica por encima de una textual, de manera que debe entenderse que el derecho puede ejercerse por el autor “o” su causahabiente, según quién sea el titular del derecho.

Así, la mera realización de actos de comunicación pública genera un derecho a la remuneración (derecho de crédito u obligación). Veamos a continuación los elementos que integran esta obligación de pagar regalías por comunicación pública.

La *fente* de esa obligación es la ley, concretamente, el texto del a. 26 Bis de la LFDA. El *hecho generador* de la obligación, como se mencionó, es un acto de comunicación pública. El *deudor* es la persona que realice el acto de comunicación pública; mientras que el *acreedor* es el autor o su causahabiente (tanto *inter vivos* como por causa de muerte, según la SCJN⁵⁴⁷), estando facultado el autor para cobrar el adeudo directamente o a través de una sociedad de gestión colectiva que lo represente. Una vez nacida la obligación de pagar, el *monto* debe cuantificarse según acuerdo entre deudor y acreedor, y falta de acuerdo, conforme a las tarifas generales publicadas en el DOF por la autoridad administrativa.

El a. 26 Bis de la LFDA califica al derecho como irrenunciable, pero nada dice sobre la posibilidad de transmitirlo. La Segunda Sala de la SCJN determinó que se trataba de un derecho intransmisible por actos entre vivos (amparo en revisión 105/2005), mientras que la Primera Sala lo consideró transmisible *inter vivos* sin siquiera diferenciarlo de los derechos de explotación (amparos en revisión 45/2005, 581/2005 y 58/2006). La mayor parte de la doctrina que se pronunció sobre el tema, coincidió en que se trata de un derecho intransmisible *inter vivos*⁵⁴⁸, pero al resolver la contradicción de tesis 25/2005 el Pleno de la SCJN determinó, por votación de 5 contra 4, que sí era admisible la transmisión entre vivos. Sin embargo, la sentencia no es muy clara en relación a si esa posibilidad de transmitir se refiere al concreto y particular derecho a la remuneración (derecho de crédito) o al derecho a ser remunerado (derecho abstracto).

No debe confundirse el derecho de regalías por comunicación pública con la facultad de comunicación pública del derecho de explotación (o derecho patrimonial de comunicación pública), pues mientras la segunda faculta para autorizar o prohibir los actos de comunicación pública de la obra, el primero sólo permite cobrar regalías por los actos de comunicación pública, pero sin que se tenga el poder de controlar tales actos de explotación⁵⁴⁹. Nuestra LFDA confiere simultáneamente al autor el derecho de regalías por comunicación pública y la facultad de comunicación pública del derecho de explotación, lo cual no es lo más ortodoxo⁵⁵⁰ e incluso podría ser criticable como política legislativa⁵⁵¹,

⁵⁴⁷ Cfr. la nota 542 del presente capítulo.

⁵⁴⁸ Cfr. Marín López, Juan José, “Derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 18, 2005, p. 23 (quien señala que a pesar de que el a. 26 Bis de la LFDA no se pronuncia sobre ese punto, se inclina a pensar que no es transmisible *inter vivos*); Meade Hervert, Oliver, *op. cit.*, nota 338, p. 205; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 159 y 160. En particular, esta última jurista indica que: “lo que se trató de regular en la reforma a nuestra Ley, era precisamente eso, que el derecho era para el autor y no transmisible por actos *inter vivos*, sino únicamente *mortis causa*”. *Ibidem*, p. 160.

⁵⁴⁹ Sobre esta distinción, Cfr. Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 21.

Véase también, Segunda Sala de la SCJN, “REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 404.

⁵⁵⁰ Por ejemplo, *vid.* Delgado Porras, Antonio, “La categoría de los ‘derechos de autor a una remuneración equitativa’” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. 2, p. 222.

⁵⁵¹ En nuestra opinión, hubiera sido mejor que el legislador dispusiera que este derecho sólo debería operar cuando el autor estuviera impedido para controlar los actos de comunicación pública de su obra (por

más eso no le quita al derecho de regalías por comunicación pública su carácter de derecho de simple remuneración, pues tal rasgo se deriva de su estructura (que responde a la pregunta ¿qué es?) y no de su propósito (que responde a la pregunta ¿cuál debiera ser?).

De igual forma, no debe confundirse el derecho de regalías por comunicación pública con las contraprestaciones contractuales por cesión o licencia de algunas modalidades del derecho de explotación. Dado el carácter oneroso de los contratos sobre derechos de explotación (a. 30 de la LFDA), a cambio de la autorización concedida por el autor se le debe pagar al autor una cantidad fija o una participación proporcional (a. 31 de la LFDA); esta obligación de pago tiene origen contractual (a diferencia del derecho del a. 26 Bis, que tiene origen legal)⁵⁵² y surge por acuerdo de voluntades (mientras que el derecho del a. 26 Bis nace sin importar la voluntad del autor o del deudor).

En otro orden de ideas, no está de más decir que la expresión “regalías” suele usarse en el mundo de los derechos de autor para indicar una cantidad de dinero a cambio de una autorización de uso basada en un derecho; la esencia de esta clase de regalías es que son *contraprestaciones contractuales*, es decir, cantidades que se deben pagar como consecuencia de así haberse pactado en un acuerdo de voluntades (por eso se ha criticado la utilización del término “regalías” para el derecho de remuneración en comentario). De esta forma, la clave para poder distinguir las regalías contractuales y las regalías por comunicación pública está en la fuente y hecho generador de la obligación de pago, ya que mientras en las regalías por comunicación pública la fuente es la ley y el hecho generador es un acto de comunicación pública, en las regalías contractuales la fuente es un contrato y de él se deriva que tal regalía es una prestación a cambio de otro beneficio contractual (cesión o licencia de un derecho de explotación)

5.3.2.2.- Droit de suite.

El también conocido como derecho de participación, de seguimiento, de continuación o de plusvalía, es aquel que faculta al autor (o a sus sucesores *mortis causa*) para cobrar un porcentaje del fruto de toda reventa del soporte original de obras visuales y manuscritos de obras, que se lleve a cabo en subastas, en establecimientos mercantiles o con la intervención de un intermediario⁵⁵³. Este derecho está previsto en el a. 92 Bis de la LFDA.

Como se aprecia, el *droit de suite* es un derecho de remuneración⁵⁵⁴, en tanto sólo faculta para hacer ciertos cobros, pero no para controlar la explotación de la obra, y mucho

ejemplo, si cedió en exclusiva la facultad de comunicación pública del derecho de explotación o si es afectado por una presunción legal de cesión).

⁵⁵² Mientras que en el a. 26 Bis de la LFDA las regalías deben pagarse “por la comunicación o transmisión pública de una obra” (y no por haber celebrado un contrato), el a. 31 de esa ley prevé una cuestión diferente, una contraprestación por la “transmisión de derechos patrimoniales”.

⁵⁵³ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 18; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 91; Cué Bolaños, Angelina, “La inclusión del derecho de participación en la ley autoral mexicana”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 10, octubre-diciembre 2003, p. 15; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 79; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 212; Ortega Doménech, Jorge, “El resurgimiento europeo del ‘droit de suite’ o derecho de participación en la reventa de obra plástica”, *Anuario de propiedad intelectual 2001*, Madrid, Reus / AISGE, 2002, pp. 258 y 259; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 22; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 239; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 146; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 592.

⁵⁵⁴ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, pp. 486 y 487; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 79; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota

menos para impedir la reventa del soporte material (pues esto es objeto del derecho real de propiedad).

Al igual que el derecho de regalías por comunicación pública, en el *droit de suite* la *fuerza* de esa obligación es la ley. El *hecho generador* de la obligación es la reventa del soporte material original de la obra, siempre que se realice en pública subasta, establecimiento mercantil o con la intervención de comerciante o agente mercantil. El *deudor* del crédito es el vendedor y (hasta ese momento) propietario del ejemplar de la obra⁵⁵⁵; mientras que el *acreedor* es el autor o su causahabiente *mortis causa*, pudiéndose servir de una sociedad de gestión colectiva para la realización de los cobros. El *monto* será el que determine el INDA mediante las tarifas que publique en el DOF, seguido el procedimiento de fijación de tarifas previsto en el a. 212 de la LFDA.

El a. 92 Bis de la LFDA no sólo califica al *droit de suite* como irrenunciable, sino expresamente como intransmisible por actos *inter vivos*⁵⁵⁶, como también lo hace el Convenio de Berna⁵⁵⁷. La doctrina reconoce que si este derecho pudiera renunciarse o transmitirse quedaría totalmente desvirtuada su finalidad tuitiva⁵⁵⁸.

5.3.3.- Derechos no reconocidos por la legislación mexicana.

Si bien el derecho de regalías por comunicación pública ha sido el derecho de remuneración con mayor impacto en la jurisprudencia, en la práctica y en la doctrina en México, este es un derecho poco común en la legislación comparada⁵⁵⁹. En cambio, en otros países existen derechos de simple remuneración no reconocidos en la LFDA; nos limitaremos a enunciar sólo dos de los más comunes: el derecho de remuneración por copia privada y el derecho de remuneración por alquiler.

Surgido en Alemania (cuya ley autoral lo clasifica como *Sonstige Rechte des Urheber*), el llamado derecho de remuneración “compensatoria” por copia privada deriva

532, p. 22; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 532, p. 26; Sleman Valdés, Ivonne, *El papel del Estado en la eficaz gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos. Comparativa internacional*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2005, p. 83.

⁵⁵⁵ Aunque la LFDA le impone a los intermediarios ciertas obligaciones, como lo es la notificación de la reventa a la sociedad de gestión colectiva que corresponda (dentro de un plazo de dos meses), e, incluso, ser depositarios del importe (y en muchos casos responsables solidarios).

⁵⁵⁶ La fr. II del a. 92 Bis de la LFDA, indica: “El derecho establecido en este Artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor”.

⁵⁵⁷ El a. 14 Ter del Convenio de Berna establece que “el autor o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos gozarán del derecho inalienable a obtener una participación” en las reventas.

⁵⁵⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 708; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 92; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 215.

En términos similares, Angelina Cué afirma: “El carácter irrenunciable de esta prerrogativa evitará las temidas y comunes ‘cesiones’ de derechos, posibilitará que autores y herederos perciban un usufructo real sobre las obras que les pertenecen”. Cué Bolaños, Angelina, *op. cit.*, nota 553, p. 15.

Muy pertinente es la pregunta que se hace Casas Vallés, sobre la disponibilidad voluntaria del *droit de suite*: “si fuera disponible ¿cuántos artistas –y cuáles– llegarían a disfrutarlo? Si el derecho se admite, debe ser indisponible”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, p. 487.

⁵⁵⁹ Ningún país contempla un derecho idéntico al de regalías por comunicación pública de México, aunque algunos pocos regulan un derecho más o menos semejante, como es el caso de Argentina, España, Francia e Italia. *Cfr.* Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 150.

directamente de una restricción al derecho de explotación, y puede ser definido de la siguiente manera:

El derecho de remuneración compensatoria por copia privada faculta a su titular para recibir una cantidad equitativa sobre determinadas reproducciones de sus obras. Es decir, se trata de compensar al autor intelectual por las pérdidas que la realización de copias privadas sobre su obra le ocasionan⁵⁶⁰.

Al explicar la facultad de reproducción del derecho de explotación (*supra* apartado 5.2.2.1 de este capítulo), vimos que se trata de un derecho que permite, *prima facie*, autorizar o prohibir cualquier reproducción de la obra; pero como se verá en el capítulo cuarto (apartado 8.2.4), la facultad de reproducción comúnmente se sujeta a una restricción la cuál permite la realización de copias privadas, sin que esto pueda ser controlado mediante el derecho de explotación. Así las cosas, la realización de copias privadas es una actividad lícita y que no viola el derecho de explotación, aunque suele generar pérdidas a los autores y a las industrias culturales, por lo que se les suele otorgar un derecho de remuneración para paliar los efectos negativos de carácter económico que les generan las copias privadas⁵⁶¹. Al ser un derecho de remuneración, su titular no podrá prohibir la realización de copias privadas, pero sí podrá cobrar un crédito a quienes comercialicen aparatos reproductores y/o soportes vírgenes; de ahí que este derecho no se cobre a quienes realicen las copias privadas, sino a cierta clase de empresarios⁵⁶².

El derecho de remuneración por copia privada no se encuentra previsto en nuestra LFDA, a pesar de que el legislador de 1996 intentó regular este derecho⁵⁶³, y a pesar de que de vez en cuando surgen iniciativas de ley para incluirlo⁵⁶⁴.

Por cuanto hace al derecho de remuneración por alquiler, podemos decir que es un derecho muy común en la Europa comunitaria, en tanto existe una directiva que lo prevé en

⁵⁶⁰ Serrano Gómez, Eduardo, *op. cit.*, nota 536, p. 167.

En igual sentido, *cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 78; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 57; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 247 y 248.

⁵⁶¹ Sobre el fundamento y propósito del derecho de remuneración por copia privada, *vid.* Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 259; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 737; De Fuentes Bardají, Joaquín, “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando en la materia” en VV.AA., *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Madrid, Ministerio de Cultura de España, 1995, pp. 67 y ss; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 91; Serrano Gómez, Eduardo, *op. cit.*, nota 536, pp. 172 y ss.

⁵⁶² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 241 y 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 63; Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 25” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 144 y 145.

⁵⁶³ Con gran torpeza, el legislador trató de incluir este derecho en el a. 40 de la LFDA, mismo que textualmente indica: “Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley”.

Es evidente que el resultado de esa disposición no puede ser considerado un derecho de remuneración por copia privada, en tanto la copia privada tiene como presupuesto la *licitud* de la reproducción al amparo de una restricción (en este caso, del a. 148 fr. IV de la LFDA), y lo que nos plantea el a. 40 es un hecho *ilícito* que no está bajo el cobijo de una restricción al derecho de explotación.

Sobre el particular, *cfr.* Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 417, p. VI; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, pp. 54 y 95.

⁵⁶⁴ *Vid.* las iniciativas presentadas en el Senado el 8 de noviembre de 2001.

forma obligatoria⁵⁶⁵, amén de estar mencionado expresamente en los aa. 7.3 del TODA y 14.4 del ADPIC.

El derecho de remuneración por alquiler tiene un alcance distinto, dependiendo del país donde se regule. Por ejemplo, en la Unión Europea se otorga sólo a autores y artistas cuando hayan cedido su derecho de explotación a un productor audiovisual o fonográfico, y los faculta a cobrar una regalía por cada acto de renta de un soporte material de la obra audiovisual o del fonograma⁵⁶⁶. En cambio, en países como Japón, después de un año de la comercialización desaparecen los derechos exclusivos para controlar la renta de fonogramas, subsistiendo sólo derechos de remuneración para cobrar dinero por los actos de arrendamiento⁵⁶⁷. Si bien en Japón estamos ante un caso de derechos conexos y no de derechos de autor⁵⁶⁸, resulta interesante contrastar su derecho de remuneración con el europeo, pues mientras en el país asiático el derecho de remuneración aparece luego de agotado el derecho de explotación (que tiene una cortísima duración), en la Unión Europea conviven el derecho de explotación (que pertenecerá al productor) y el derecho de remuneración (del que se benefician autores y artistas) siempre que autores y artistas hayan transmitido su derecho de explotación a los productores.

5.3.4.- Tipos de derechos de remuneración.

Antonio Delgado Porras clasifica los derechos de simple remuneración en aquellos que proceden de una licencia legal (casos en que el legislador autoriza usos de obras que, en principio, estarían prohibidos), y aquellos que entran en el “sistema de participación” (*tantiemem system*) que busca asegurarle al autor la percepción de los rendimientos derivados de la utilización económica de su obra, la cual se da fuera del alcance de su derecho de explotación⁵⁶⁹.

Si bien los derechos de remuneración pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, el utilizado en el párrafo previo nos sirve, en tanto nos demuestra que no sólo son derechos de remuneración los que vienen de la mano de una restricción al derecho de explotación (como la remuneración por copia privada), sino también aquellos que permiten al autor participar de las ganancias que genere su obra (que es precisamente el caso de los derechos previstos en la LFDA: el *droit de suite* y el derecho de regalías por comunicación pública)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ A. 4° de la Directiva 92/100/CCE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Directiva publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 27 de noviembre de 1992.

⁵⁶⁶ Vid. el a. 4.1 de la mencionada directiva.

Cfr. Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 336, pp. 329 a 331.

⁵⁶⁷ Vid. los aa. 95 Ter.3 y 97 Ter.3 de la legislación autoral nipona.

Cfr. Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, p. 490.

De ahí que el TODA y el ADPIC dispensen la obligación de otorgar derechos exclusivos para controlar el arrendamiento, si antes de su celebración el país signante contemplaba un derecho de remuneración por alquiler.

⁵⁶⁸ Los derechos de simple remuneración tienen, desde el a. 12 de la Convención de Roma, larga tradición en materia de derechos conexos.

⁵⁶⁹ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, pp. 77 y 78.

⁵⁷⁰ En este sentido, respecto a los derechos de remuneración previstos por ley (*statutory remuneration rights*), Von Lewinski afirma: “They may be self-standing, such as the resale right (*droit de suite*) and the

Con esto terminamos la exposición de los aspectos básicos de los derechos de autor (particularmente del derecho de explotación), lo que nos permitirá pasar al siguiente capítulo para analizar como interactúan estos derechos intelectuales y los derechos fundamentales.

public lending right, or provided in context with restrictions of rights”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 175, p. 55.

CAPÍTULO TERCERO

¿LOS DERECHOS DE AUTOR SON DERECHOS FUNDAMENTALES?

Tradicionalmente, las normas relativas a los derechos fundamentales y las normas concernientes a los derechos de autor (e incluso, en un sentido más amplio, a la llamada propiedad intelectual) eran analizadas y aplicadas por separado; sólo en tiempos recientes se están acercando¹, a tal grado que se habla de estas figuras como “compañeros íntimos de cama”², para ilustrar la importancia que, incuestionablemente, tiene hoy la intersección de tales disciplinas³.

A decir de Helfer, fueron dos eventos los que ocasionaron la incorporación de la propiedad intelectual a la agenda de los derechos humanos: los reclamos de protección de los pueblos indígenas y la creciente vinculación de la propiedad intelectual con el comercio internacional (particularmente con el ADPIC de la OMC)⁴. Ya en particular sobre los derechos de autor, y como consecuencia de la revolución digital⁵, salió a la luz (nuevamente) el tema de su vinculación con otros derechos (como el derecho a la cultura y el derecho a la información), el tema del fortalecimiento de la tutela de los derechos de autor, así como el de su reforzamiento mediante medidas tecnológicas de protección o a través de nuevas instituciones jurídicas (como el derecho *sui generis* sobre las bases de datos⁶)⁷.

Para explicar o representar este fenómeno, en la actualidad destacan dos tipos de posturas en torno a la relación entre el derecho intelectual y los derechos fundamentales. La primera es aquella que ve a esas instituciones en *conflicto*, de forma que la propiedad intelectual es incompatible con los derechos humanos, por lo que tal conflicto ha de

¹ Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 1 y 2.

En términos similares, *cfr.* Yu, Peter K., “Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, p. 1041; y Cullet, Philippe, “Human rights and intellectual property in the TRIPS era”, *Human rights quarterly*, EUA, The Johns Hopkins University Press, vol. 29, núm. 2, mayo 2007, p. 404.

² Helfer, Laurence R., “Human rights and intellectual property: conflict or coexistence?”, *Minnesota intellectual property review*, Minnesota, núm. 5, 2003, p. 47.

³ Raustiala, Kal, “Density & conflict in international intellectual property law”, California, Research paper 06-31, UCLA, 2006, p. 10.

⁴ Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 2, pp. 51 y 52.

En términos muy similares, Christophe Geiger entiende que, dada la reciente tendencia de crecimiento desmedido de los derechos intelectuales, ha sido necesario que los jueces invoquen los derechos fundamentales para restablecer el equilibrio en caso de protección excesiva. *Cfr.* Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 30.

⁵ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1075.

⁶ Para una explicación sobre el origen y alcance de este derecho, así como para una crítica al derecho en sí mismo y a su forma de incorporación en nuestra LFDA, *cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, “La protección de las bases de datos no originales en la legislación autoral mexicana (comparación con la directiva de la Unión Europea sobre bases de datos)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, FD-UNAM, t. LIII, núm. 241, 2003, pp. 211 y ss.

⁷ En general, sobre estos temas ahondamos en el capítulo quinto.

resolverse reconociendo la primacía normativa de los derechos humanos (modelo de conflicto). La segunda postura ve en la propiedad intelectual y en los derechos humanos una relación esencialmente de *compatibilidad*, aunque puede haber discrepancias en algunos puntos (modelo de compatibilidad)⁸.

Por eso, como bien indican Dutfield y Suthersanen, se explica que tanto los defensores como los opositores de la llamada propiedad intelectual, insistan en que el debate en esta materia se enmarque en términos de derechos fundamentales⁹.

En este contexto, cabe señalar que el tipo de relación existente entre los derechos de autor¹⁰ y los derechos fundamentales, es un tema de crucial importancia para la presente investigación, razón por la cual le dedicamos el presente capítulo.

Para poder tipificar la relación entre esos dos institutos jurídicos seguiremos la metodología que a continuación se indica. En primer lugar, plantaremos la pregunta de si los derechos de autor son o no derechos fundamentales; si la respuesta es positiva, no habrá necesidad de avanzar más, pues quedaría en claro que la relación no podría calificarse como de conflicto o contradicción. En cambio, si la respuesta es negativa debemos proceder a una segunda etapa, en la que, partiendo del supuesto comprobado de que los derechos de autor no son derechos fundamentales, habrá que determinar entonces qué clase de relación hay entre esas dos instituciones: una de contraposición, una de complementación o una de indiferencia y no interacción¹¹.

⁸ Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 2, pp. 48 y 49; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, pp. 2 y 3; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1075; Derclaye, Estelle, “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 133 y 134; y Grosheide, Willem, “General introduction” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 5.

Vid. también Okediji, Ruth L., “The limits of development strategies at the intersection of intellectual property and human rights” en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 359.

⁹ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 213 (quienes, asimismo, señalan que también hay tanto opositores como defensores, que buscan que los temas de derecho intelectual no se mezclen con los de derechos fundamentales).

¹⁰ Tanto por el objetivo de esta investigación, como por claridad en el debate, sólo nos limitaremos a contrastar los derechos fundamentales con los derechos de autor en particular (y de hecho, más adelante nos circunscribimos sólo a los derechos de explotación), por lo que trataremos de evitar, en la mayor medida de lo posible, consideraciones generales sobre la “propiedad intelectual”.

De hecho, uno de los problemas que enfrenta el debate sobre los derechos de autor, es que comúnmente no se suelen distinguir tales derechos respecto de las patentes, y se habla en general de “propiedad intelectual”. Inclusive, muchas veces, el problema se debate como si fuera el caso del conocido conflicto entre patentes y acceso a medicamentos para enfermos de VIH/SIDA, cuando en realidad los derechos de autor son muy distintos a las patentes, y los derechos fundamentales con los que suele presentar tensiones no son el derecho a la salud o a la vida, sino, más bien, los derechos a la cultura, a la información y a la educación, principalmente.

En este sentido, compartimos lo expresado por Dreyfuss cuando indica: “Of course the interests protected by intellectual property law generally must be unpacked and distinctions kept in mind. There may well be important differences between the intellectual endeavors protected by copyright and the material protected by patents”. Dreyfuss, Rochelle Cooper, “Patents and human rights: where is the paradox?”, Nueva York, New York University Law School public law and legal theory research paper series, núm. 06-29, s/f, p. 8.

¹¹ Este análisis lo haremos, principalmente, desde un punto de vista deóntico, es decir, respecto a lo mandado, prohibido o permitido en las normas de derecho positivo relativas a los derechos de autor y a los derechos fundamentales. Sin embargo, dados los términos en que se ha planteado el debate, es ineludible hacer algunas referencias, así sean mínimas, a los valores subyacentes en ambos tipos de normas jurídicas.

Para contestar esas dos preguntas, estructuramos el presente capítulo de la siguiente forma: primero haremos un apunte acerca del debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor (1), luego revisaremos los instrumentos internacionales (2) y las constituciones nacionales (3) para ver qué planteamientos hacen sobre los derechos de autor y su posible estatus de derechos fundamentales, posteriormente revisaremos la corriente doctrinal que considera que los derechos de autor son derechos fundamentales (4) y la opinión sobre el particular de los organismos internacionales en materia de derechos fundamentales (5), para finalmente dar nuestra opinión con base a esos elementos y a algunos que retomaremos de los dos primeros capítulos de la presente investigación (6).

1.- Referencia al debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

Comencemos, pues, el camino trazado en el apartado previo, con el análisis de la naturaleza jurídica de los derechos de autor. Como acertadamente indica Kéréver¹², para saber si está justificada una asimilación de los derechos de autor a los derechos humanos, no basta con que nos preguntemos ¿qué es un derecho humano?¹³, sino que también hay que preguntarnos ¿cuál es la naturaleza de los derechos de autor? Por tal razón, en el presente apartado, echaremos un breve vistazo a las teorías más importantes que explican la naturaleza jurídica de los derechos de autor, tanto para tratar de explicar dicha naturaleza, como para ver si alguna de esas teorías nos da razón sobre el posible estatus de derechos fundamentales de los derechos de autor.

1.1.- Teoría del derecho de propiedad.

Durante mucho tiempo esta fue la teoría prevalente. Alcanza su punto máximo de consagración con la revolución francesa, que en 1793 impulsó la expedición de una ley sobre “propiedad literaria”. Esto no es de sorprender, pues en dicha revolución burguesa se dio un encumbramiento de los derechos de propiedad (incluso se les consideró como derechos naturales¹⁴). El ejemplo clásico es la afirmación de Le Chapelier en el sentido de que la propiedad literaria era la más sagrada de todas las propiedades¹⁵.

De acuerdo con esta teoría, los derechos de autor son derechos de propiedad, en tanto generan un poder exclusivo y de control de un titular sobre una cosa, siendo oponibles *erga omnes*¹⁶. Inclusive, el Código Napoleón determinó que la obra intelectual es una propiedad tal y como también lo es una tierra o una casa, por lo que goza de los mismos derechos para

¹² Kéréver, André, “El derecho de autor como derecho humano”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 3, 1998, p. 18.

¹³ Sobre esta pregunta, *cfr.* lo ya dicho en el capítulo primero del presente trabajo.

¹⁴ Sobre la etapa iusnaturalista del derecho de propiedad y su impacto en materia de derechos de autor, *cfr.* Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 1993, pp. 388 a 393.

¹⁵ *Vid.* la nota al pie 108 del capítulo segundo de la presente investigación.

¹⁶ Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 18; Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, pp. 59 y 60; Jessen, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, trad. Luis Grez Zuloaga, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 32.

su protección¹⁷. Al respecto, acertadamente nos indica Farell Cubillas:

La tesis resulta del esfuerzo de juristas y filósofos para hacer entrar en los arcaicos cuadros del derecho romano esta nueva facultad jurídica, que se presenta con tantas facetas similares a la propiedad¹⁸.

A pesar de la aceptación e impacto que tuvo esta teoría, rápidamente fue generando opositores¹⁹, como Renouard, quien combatió la postura de asimilar los derechos de autor a la propiedad de las cosas materiales, tanto en su tratado de 1838²⁰ como en la Cámara de Diputados francesa en 1841²¹. Inclusive, ya en la doctrina clásica del derecho civil francés encontramos posturas contrarias a esta teoría, como es el caso de Planiol y Ripert²², quienes la consideran repugnante.

De esta forma, entre las principales diferencias que hay entre los derechos de autor y el derecho real de propiedad, es posible destacar las siguientes:

- Los derechos de autor sólo pueden recaer sobre bienes inmateriales (cosas incorpóreas), mientras que la propiedad únicamente recae sobre objetos corporales²³;
- Las obras intelectuales no pueden ser objeto de posesión exclusiva, pues son susceptibles de ser usadas y gozadas simultáneamente por infinidad de sujetos sin estorbarse mutuamente²⁴;
- A diferencia de la propiedad, los derechos de autor no pueden adquirirse por usucapión, dado que las obras no son susceptibles de posesión, además de que el mero transcurso del tiempo no genera derechos, ni la calidad de autor²⁵;

¹⁷ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Los bienes*, trad. José M. Cajica, México, Cajica, 1955, p. 179.

¹⁸ Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, p. 59.

Como bien indica Ricardo Antequera, los juristas franceses “no lograron advertir que se trataba de una nueva categoría de derechos”. Cfr. Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor no es una propiedad”, www.aporra.org/a42121.html, diciembre de 2007.

¹⁹ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 20.

²⁰ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 17, p. 179.

²¹ Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, p. 60.

²² Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 17, p. 180.

²³ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, p. 662; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, p. 18; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 32; Stengel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía” (trad. Paola Spada), *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 75.

²⁴ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, p. 19; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 664; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, México, 26a. ed., Porrúa, 1995, t. II, p. 172.

²⁵ Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 11; Espín Alba, Isabel, *op.*

- Los derechos de autor tampoco pueden adquirirse por accesión, como sí sucede con la propiedad²⁶;
- La teoría de la propiedad no explica el fenómeno de los derechos morales, pues el derecho de propiedad no otorga este tipo de protección²⁷;
- Los derechos de explotación de los autores tienen una duración limitada, mientras que en la propiedad no hay tal limitación (normalmente, el derecho existirá en tanto exista la cosa sobre la que recae)²⁸;
- Mientras que el derecho de propiedad es libremente transmisible en su totalidad, no sucede lo mismo con los derechos de autor (al menos por lo que se refiere a los derechos morales)²⁹, por no mencionar que los derechos de remuneración casi siempre se configuran como intransmisibles *inter vivos*³⁰, y que en algunos sistemas contractuales (como el mexicano o el alemán), la titularidad de los derechos de explotación no se puede transmitir entre vivos³¹;
- El régimen jurídico de la coautoría es diferente al del condominio³²;
- Y nosotros podríamos agregar que la teoría de la propiedad tampoco es aplicable a los derechos de simple remuneración, que son derechos de autor pero no son exclusivos³³;
- Además, concretamente en el caso mexicano³⁴, los derechos de propiedad pueden

cit., nota 16, p. 19; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 664; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 20.

²⁶ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, p. 18; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 20; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, p. 406.

²⁷ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 18; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, pp. 663 a 665; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 32; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 21; Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 23, p. 77.

²⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 18; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 25, p. 11; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, pp. 405 y 406; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, p. 18; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 32; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 21; Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 23, p. 77.

²⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 18; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 25, p. 11; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 21.

³⁰ Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004, p. 109.

³¹ *Cfr.* lo ya explicado en el apartado 5.2.5 del capítulo segundo del presente trabajo; así como *vid.* los aa. 30, 33 y 41 de la LFDA.

³² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 21; y Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, p. 406.

³³ Para más información sobre los derechos de remuneración, *vid.* los apartados 5 y 5.3 del capítulo segundo de presente trabajo.

³⁴ *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 664.

ser tanto bienes muebles como inmuebles³⁵, mientras que los derechos de autor siempre serán muebles³⁶.

Por razones como estas, la doctrina mayoritaria en México rechaza que los derechos de autor tengan la misma naturaleza jurídica que el derecho real de propiedad³⁷. Desde luego, podrían darse muchas otras razones que hacen diferente al derecho de propiedad de los derechos de autor³⁸, pero con las apuntadas es más que suficiente.

Pero esto no sólo es una cuestión meramente académica, pues nuestro Código Civil de 1928 cambió la postura de sus predecesores de 1870 y 1884, dejando de considerar a los derechos de autor como derechos de propiedad³⁹.

E incluso, el Pleno de nuestra SCJN ha apuntado que el hecho de que los derechos de autor sean derechos protegidos por el a. 14 constitucional, no significa “reducir el ámbito autoral al régimen correspondiente a los derechos reales, ni someter la naturaleza y regulación de la materia en estudio al terreno civilista”⁴⁰.

³⁵ El a. 750, fr. XII del CCF, establece que son bienes inmuebles los derechos reales sobre inmuebles; mientras que el a. 754 del mismo ordenamiento señala que son bienes muebles los derechos que tienen por objeto cosas muebles (y en general, son muebles, todo lo que la ley no repunte como inmueble, según dispone el a. 759 del citado código).

³⁶ El a. 758 del CCF establece: “Los derechos de autor se consideran muebles”.

³⁷ Cfr. Acosta Romero, Miguel, “El derecho intelectual y las partes que lo integran”, *Revista mexicana del derecho de autor*, México, SEP, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992, pp. 131 y 132; Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 51 a 54; De la Parra Trujillo, Eduardo, “¿Derechos de autor o propiedad intelectual? Algunas precisiones terminológicas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 9, julio-septiembre 2003, p. 32; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, pp. 662 y ss; Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IJ-UNAM, 1998, p. 112; Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 1998, p. 65; Solorio Pérez, Óscar Javier, “Nacimiento de los derechos de autor” en Solorio Pérez, Óscar Javier (coord.), *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, p. 45.

³⁸ Desde un punto de vista de análisis económico del derecho, una diferencia esencial es que, mientras la propiedad es una respuesta al fenómeno natural de la escasez, los derechos de autor crean escasez donde naturalmente no la hay, esto con el fin de generar ingresos económicos por la creación. Por consiguiente, el problema de la propiedad es diferente al de los derechos de autor. Cfr. Lemley, Mark A., “Property, intellectual property and free riding”, John M. Olin Program in Law and Economics, papel de trabajo núm. 291, Universidad de Stanford, agosto de 2004, pp. 31 y 32.

De igual forma, sobre las escasez artificial que generan los derechos de autor, cfr. Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 121 y 122.

³⁹ El maestro Rojina Villegas, con meridiana claridad advirtió que “el Código vigente, bajo el nombre de ‘derechos de autor’, consideró que este derecho debía ser objeto de una reglamentación diferente, que no debía asimilarse a la propiedad ni mucho menos identificarse con ella y que tampoco podían aplicarse las reglas generales de la misma. Cambió completamente el criterio que existía en la legislación anterior y que fue sostenido por los Códigos de 1870 y 1884”. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 24, p. 175.

En el mismo sentido, Arsenio Farrell destacó que: “En el Código Civil de 1928, se consideró que no podía identificarse la propiedad intelectual con la propiedad común, porque la idea no es susceptible de posesión exclusiva”, agregando que: “Por estas razones, el aludido ordenamiento consideró que no se trataba de un derecho de propiedad sino de un derecho distinto, con características especiales, que denominó ‘Derecho de Autor’”. Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, pp. 19 y 20.

⁴⁰ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 17 y 18.

En el mismo documento, nuestro máximo tribunal indica que: “no pasa inadvertido que la doctrina y, a partir de su influencia, las legislaciones en los órdenes jurídicos continentales, principalmente, han presentado una importante evolución que, en términos muy generales, ha supuesto el paso de una concepción civilista o

No obstante, en tiempos recientes la teoría del derecho de propiedad ha tenido una especie de renacimiento. En particular, ha sido frecuentemente utilizada por los titulares de derechos y por ciertas personas encargadas de políticas públicas, para justificar la expansión de los derechos de explotación⁴¹. Inclusive, los economistas suelen ver en la llamada propiedad intelectual una continuación de la propiedad física, por lo que a ambas aplicarían los mismos principios⁴².

De hecho, la postura de considerar a los derechos de autor como derechos de propiedad está cobrando cada vez más auge en Europa, hasta el grado de ya existir pronunciamientos jurisdiccionales en ese sentido, como por ejemplo, del Tribunal Constitucional alemán⁴³, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁴ e, incluso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (aunque, este caso, en referencia a otro tipo de derechos intelectuales: la marca)⁴⁵. Aunque cabe destacar que este no es fenómeno exclusivamente europeo, como se puede apreciar en algunas constituciones

patrimonialista absoluta de los derechos de autor, a una regulación autónoma de dicha materia, destacándose, paulatinamente, sus características propias". *Ibidem*, p. 18.

Si bien la teoría de la propiedad fue desechada por el Pleno de la SCJN en sede de derechos de autor, fue acogida por la Segunda Sala de ese tribunal para explicar la naturaleza jurídica de las marcas, afirmando que: "el derecho que se tiene sobre las marcas es un derecho de propiedad en su función social, pues no es puramente privatista, ni únicamente público y social". *Cfr.* Contradicción de tesis 77/2000, sentencia de 26 de enero de 2001, p. 44.

⁴¹ Un ejemplo clásico es el discurso que, en 1982, Jack Valenti (entonces presidente de la MPAA) dio ante el Congreso de los EUA, alegando que los dueños de la propiedad sobre los frutos de la creatividad, deben tener los mismos derechos y protección que la que gozan los dueños de otros tipos de propiedades en ese país. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 117.

Discurso similar dio el mismo individuo en marzo de 2003 ante el legislativo de EUA, *cfr.* Cornides, Jakob, "Human rights and intellectual property. Conflict or convergence?", *The journal of world intellectual property*, Ginebra, vol. 7, núm. 2, marzo 2004, p. 136.

⁴² *Cfr.* Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, Nueva York, 6a. ed., Aspen Publishers, 2003, pp. 37 y ss.

⁴³ En su sentencia de 7 de julio de 1971, dicho tribunal determinó: "Este significado asegurador y protector de la garantía de la propiedad, ordena ver al derecho patrimonial del autor sobre su obra como una 'propiedad' en el sentido del art. 14 LF y a colocarlo bajo su ámbito de protección". El texto en español se obtuvo en Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, trad. Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez / Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 290.

⁴⁴ Asuntos *Laserdisken* (C-479/04) y *Promusicae* (C-275/06).

⁴⁵ Sobre el particular, es paradigmático el caso *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* de 2007, en el que dicho tribunal resolvió un conflicto respecto a la marca "Budweiser". En concreto, determinó que tanto las marcas como las solicitudes de marcas entran en el ámbito de la cláusula de propiedad del a. 1º del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Para un análisis detallado de este caso, *cfr.* Helfer, Laurence R., "The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights", *Harvard international law journal*, EUA, vol. 49, núm. 1, invierno 2008, pp. 19 y ss.

Un importante precedente que influyó la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (e incluso fue citado), es el caso *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. Netherlands*, resuelto en 1990 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el que se aplicó el a. 1º del citado protocolo, para determinar que una patente estaba protegida por el derecho humano a la propiedad.

Ya concretamente sobre derechos de autor, destaca el caso *Balan v. Moldavia* de 2008, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que los derechos de autor, al igual que las marcas, están protegidos por el a. 1º del primer protocolo del referido convenio europeo.

latinoamericanas⁴⁶, en cierto pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷, o en pronunciamientos de algunos tribunales de la región, como por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana⁴⁸.

Empero, lo anterior no ha menguado la postura de quienes consideran que los derechos de autor no son derechos de propiedad⁴⁹.

1.2.- Teoría de la propiedad especial.

Sustentada por Carnelutti, esta tesis establece que los derechos de autor son una propiedad especial, dadas sus diferencias con la “propiedad ordinaria”⁵⁰.

Esta teoría es la que aceptó, por ejemplo, el legislador español; de tal forma que el Código Civil de ese país dedica el Título IV de su Libro II a las “propiedades especiales”, las cuales comprenden la propiedad sobre las aguas, la propiedad industrial y la propiedad intelectual⁵¹; lo que se traduce en que la mayor parte de la doctrina hispana considera que

⁴⁶ Vid. *infra* el apartado 3 del presente capítulo.

⁴⁷ Caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros v. Chile* (informe 90/05) de 2005, párrafos 51 a 53.

⁴⁸ Sentencia núm. C-334/93.

Dicha resolución encuentra su precedente en la sentencia de 10 de febrero de 1960 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁴⁹ Cfr. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 18; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 25, p. 11; Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 1º” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 18; Lemley, Mark A., *op. cit.*, nota 38, pp. 3, 48, 55 y 56; Deazley, Ronan, *Rethinking copyright. History, theory, language*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, p. 141 y 142.

En igual sentido, Becerra Ramírez afirma que: “Es evidente que el concepto de ‘propiedad’ no es del todo adecuado ni desde la perspectiva del derecho anglosajón ni desde el romano-germánico”. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 37, p. 9.

Mientras que Rahmatian explica: “The notion that the incorporeal author’s right could be a property right never gained general recognition in German academic doctrine”. Rahmatian, Andreas, “Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 297.

Baylos nos explica que, a pesar de las múltiples objeciones a la teoría de la propiedad, y lo indudablemente insatisfactoria que resulta esa construcción, parece sobrevivir a todos los ataques doctrinales, básicamente no por que se le use en forma técnica-jurídica (es decir, no se le utiliza con rigor científico), sino por sus posibilidades expresivas, discursivas e instrumentales. Cfr. Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, pp. 387 y 407 a 409.

Postura similar es la de Pimenta, quien estima que, dadas sus características, el concepto de propiedad no es el más adecuado para los derechos de autor, pero lo usa con fines prácticos. Cfr. Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 22.

⁵⁰ Cfr. Loredó Hill, Adolfo, “Naturaleza jurídica del derecho de autor” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 26; Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 38; Delgado Porras, Antonio, “Fundamento y evolución del derecho de autor” en VV.AA., *Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces federales mexicanos*, México, SCJN / SEP / OMPI, 1993, p. 62; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, pp. 395 a 399.

⁵¹ Los españoles utilizan la expresión “propiedad intelectual” en forma restringida como sinónimo de “derechos de autor”, yendo en contra de la usanza internacional y de la mayoría de los países, en donde se usa la expresión “propiedad intelectual” en forma amplia, para incluir también en ella a la llamada “propiedad industrial”.

los derechos de autor son derechos de propiedad⁵².

El principal problema de esta doctrina es no reconocer en los derechos de autor a una institución jurídica nueva, sino que se le trata de asimilar forzosamente a otra figura creada en otro contexto y con otros fines (el derecho real de propiedad)⁵³, a pesar de existir diferencias esenciales, como lo es su objeto. Además que esta teoría no da cuenta satisfactoriamente de lo relativo a los derechos morales y a los de remuneración, que poca semejanza tienen con el derecho de propiedad como era concebido por los romanos y como fue consolidándose en los sistemas neorromanistas.

1.3.- Teoría del derecho real diverso de la propiedad.

Dicha tesis reconoce las diferencias entre los derechos de autor y el derecho real de propiedad, pero establece que los primeros, aunque diversos del segundo, siguen siendo derechos reales: se trataría de una nueva categoría de derechos reales⁵⁴. De acuerdo con Gutiérrez y González⁵⁵, el razonamiento que sustenta esta tesis es sencillo y aparentemente lógico: el patrimonio está integrado sólo por derechos reales y personales, y si los derechos de autor están en el patrimonio, o son derechos reales o son derechos personales; resultando que no pueden ser de estos últimos por no existir una relación deudor-acreedor, por lo que se concluye que son derechos reales.

Empero, esta teoría no nos da respuesta a la cuestión de los derechos morales, ni mucho menos a la de los derechos de remuneración (en donde surge una relación acreedor-deudor, totalmente ajena a la estructura de un derecho real), además de que comparte varias de las mismas objeciones que se hacen a la tesis del derecho de propiedad, por ejemplo, la imposibilidad de posesión exclusiva del objeto del derecho. Por no decir de que parte de un dogma que bien podría cuestionarse: que en la parte económica del patrimonio sólo hay dos tipos de derechos (derechos reales y obligaciones).

1.4.- Teoría del derecho de la personalidad.

Apoiada en las ideas de Kant y desarrollada por Otto von Gierke, esta tesis nos dice que la obra es una prolongación de la persona del autor, por lo que los derechos que tutelan esas creaciones son derechos de la personalidad⁵⁶.

⁵² Por ejemplo, De Román Pérez, Raquel, "Naturaleza jurídica del derecho de autor" en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus / Fundación AISGE / Museo del Traje / Ministerio de Cultura, 2005, pp. 46 y 47; y Rogel Vide, Carlos, *Derecho de autor*, Barcelona, Cálamo, s/f, p. 14.

⁵³ Lemley indica que enfocarse en las analogías que presenta la propiedad intelectual con la propiedad, engaña más que ilustrar, dado que si hay suficientes diferencias entre ambas instituciones, hacer analogías se vuelve algo problemático. Afirmando que la llamada propiedad intelectual ya maduró, por lo que no necesita apoyarse en otra área del derecho para legitimarse. *Cfr.* Lemley, Mark A., *op. cit.*, nota 38, pp. 55 y 56.

⁵⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 665.

En México, el principal expositor de esta doctrina fue el maestro Rojina Villegas. *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 24, pp. 172 a 175

⁵⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 659.

⁵⁶ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, p. 61; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 25; Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 50, pp. 22 y 23.

Sobre los postulados de Kant en materia de derechos de autor, *cfr.* el apartado 1.3 del capítulo segundo del presente trabajo.

El problema de esta teoría es que no sirve para explicar satisfactoriamente ni los derechos de explotación, ni los de simple remuneración, aunque sí los derechos morales; además de que se le ataca que los derechos de la personalidad se confieren a toda persona desde su nacimiento, y no sólo a los autores desde el acto de la creación⁵⁷, así como que el objeto del derecho (la obra) es algo externo a la persona⁵⁸.

1.5.- Teoría del derecho social.

En México, tradicionalmente, el derecho social se ha entendido desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es decir, como un sector del derecho que regula las relaciones jurídicas de grupos económicamente débiles, con un evidente carácter protector, y que constituye un tercer sector separado del derecho público y del privado⁵⁹.

En este sentido, ha habido personas que sustentan que los derechos de autor son derechos sociales, advirtiendo la intervención estatal en esta materia y la existencia de limitaciones de la autonomía de la voluntad a favor del colectivo, normalmente desfavorecido desde el punto de vista económico, de los autores⁶⁰. De hecho, la *exposición de motivos* de nuestra ley autoral de 1947 advirtió que en la materia hay “un marcado paralelismo con el derecho obrero”⁶¹.

Sin embargo, esta concepción confunde al derecho social como *disciplina* con los derechos subjetivos que se conceden a los autores⁶². No se puede confundir una disciplina con los derechos regulados por esa disciplina, pues esto no nos resuelve el cuestionamiento a la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos.

Cosa diferente es decir que los derechos de autor sean derechos sociales, en cuyo caso serían una especie particular de derechos fundamentales⁶³. Eso nos lleva a la pregunta

⁵⁷ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, pp. 13 y 14.

⁵⁸ De Román Pérez, Raquel, *op. cit.*, nota 52, p. 48.

⁵⁹ Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho social*, México, 2a. ed., Porrúa, 1967, pp. 54 a 56.

Asimismo, sobre estas ideas *vid.* Carrillo Prieto, Ignacio, “Derecho social” en Fix-Zamudio, Héctor, y Soberanes, José Luis (comps.), *El derecho en México*, México, 2a. ed., FCE, 1996, pp. 219 y ss.

⁶⁰ Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 37, p. 132; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, pp. 72 a 74; Loredó Hill, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, México, 2a. ed., Jus, 1990, pp. 90 y 91.

⁶¹ En igual forma, la Segunda Sala de la SCJN llegó a sostener que la Ley Federal sobre Derechos de Autor de 1956 “aspira a tutelar son los derechos de un cierto tipo de trabajadores, lo cual la convierte en un típico derecho clasista, una de cuyas características esenciales viene a estribar precisamente en la unidad de la organización de quienes pertenecen a la clase social de que se trata”. *Cfr.* tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE”, *Semanario judicial de la federación*, 6a. época, vol. XII, tercera parte, p. 103.

⁶² Además, la categoría conceptual de “derecho social” como contrapartida al “derecho privado” y al “derecho público” no es muy fiable. Ya desde hace tiempo se han enderezado diversas objeciones sobre el clasificar el derecho en público y privado, como se puede constatar en el pensamiento de Kelsen. *Cfr.*, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, trad. Roberto J. Vernengo, 14a. ed., Porrúa, 2005, pp. 286 a 289.

Incluso, en la actualidad, es un fenómeno incuestionable la llamada “publicización del derecho privado” y su posterior constitucionalización (*cfr.* Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 40), así como que la *igualdad* se ha convertido en un principio constitucional que ha permeado y debe regir en toda disciplina jurídica, no sólo en el llamado derecho social.

También puede encontrarse una crítica a la clasificación del derecho en público, privado y social, en Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004, pp. 26 a 28.

⁶³ *Cfr.* el apartado 4 del capítulo primero del presente trabajo.

inicial de este capítulo, cuya respuesta formulamos mas adelante.

1.6.- Teoría de los bienes inmateriales.

Creada por Kohler, esta teoría determina que los derechos de autor son derechos sui generis, cuyo objeto son cosas inmateriales, de ahí las peculiaridades de tales prerrogativas. Sin embargo, estos derechos sobre los bienes inmateriales (*Immaterialgüterrecht*) sólo serían de contenido económico, mientras que las cuestiones no pecuniarias estarían tuteladas por el derecho general a la personalidad⁶⁴.

Esta teoría ha tenido bastante impacto, y abre la puerta a considerar a los derechos de autor como derechos con naturaleza jurídica propia. Sin embargo, se le criticó a Kohler la exclusión de los derechos morales como parte de los derechos sobre bienes inmateriales⁶⁵.

1.7.- Teoría de los derechos intelectuales.

Atribuida a Edmond Picard, nos dice que los derechos de autor no tienen cabida entre los derechos contemplados en la clasificación clásica de los juristas romanos, por lo que constituyen un nuevo tipo de derechos subjetivos: los derechos intelectuales o *iura in re intellectualli*⁶⁶.

Coincidimos con Lipszyc cuando apunta que la teoría de Picard es semejante a la de Kohler, en cuanto habla de una nueva clase de derechos con características propias⁶⁷.

Esta tesis ha tenido buena acogida en el medio mexicano⁶⁸ y en muchos otros lugares, al grado en que no son pocos los juristas que prefieren hablar de “Derecho Intelectual” en lugar de “Propiedad Intelectual” para referirse a la disciplina que regula esa clase de derechos⁶⁹. En igual sentido, nos refiere Hermenegildo Baylos: “La expresión derechos intelectuales se convierte en el modo más tradicional y consagrado de aludir a los derechos peculiares del autor, del inventor y del usuario de signos distintivos de carácter mercantil”⁷⁰.

⁶⁴ Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, pp. 409 a 411; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 50, p. 63; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, p. 61; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, pp. 22 y 23.

⁶⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 23.

⁶⁶ Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, pp. 423 a 426; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, p. 63; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 27; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 50, p. 24; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 37, pp. 112 y 113.

⁶⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 27.

⁶⁸ Entre los principales adherentes están: Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 661; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 37, pp. 112 y 113; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 37, p. 65.

⁶⁹ Por ejemplo Rangel Medina, Becerra Ramírez, Carillo Toral, Acosta Romero, Meade Hervert y De la Parra Trujillo, en México; Satanowsky, Mouchet y Radaelli, en Argentina; Jessen en Brasil.

En este sentido, Manuel Becerra afirma: “Sería recomendable simplemente suprimir la palabra ‘propiedad’, y denominarlo ‘derechos intelectuales’; o bien ‘derecho de los creadores’, ‘monopolio temporal’, ‘derechos incorpóreos’, en fin, los términos que se utilicen, a partir de eso trabajar sobre su contenido”. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 37, p. 60.

⁷⁰ Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, p. 426.

1.8.- Opinión personal: pluralidad de enfoques y de derechos.

El plantearnos cuál de todas las tesis sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor es la correcta, es una pregunta engañosa. Esto en virtud de que varias de esa tesis resultan aceptables dependiendo del enfoque desde el que se parta, o dependiendo del particular derecho de autor que se analice.

Por ejemplo, la teoría de los derechos de la personalidad puede ser adecuada para explicar los derechos morales, pero no así los de explotación o los de remuneración. Esto no significa que, en su esencia, la teoría esté mal, sino que sólo nos ayuda a comprender el fenómeno en una de sus partes (en este caso, en uno de sus derechos).

De igual forma, mucho depende del enfoque con que se aborde el fenómeno. Por ejemplo, si nos enfocamos al objeto protegido por esta clase de derechos subjetivos, la teoría de Kohler sería, esencialmente correcta, en cuanto nos hace ver que son derechos que protegen bienes inmateriales o intangibles, y por lo tanto, que se trata de derechos diversos a aquellos que protegen bienes corpóreos o materiales. Pero si no ponemos el acento en el objeto del derecho, y, en cambio, nos referimos a su configuración misma, resulta adecuada la teoría de Picard, que nos indica que los derechos intelectuales tienen una configuración diferente a los derechos subjetivos conocidos por los romanos.

Así, se aprecia que, en realidad, las teorías de Kohler y Picard no se excluyen, pues ambas ponen énfasis en distintos aspectos de un mismo fenómeno, por lo que son compatibles en su esencia.

Por consiguiente, no hay una única teoría correcta que invalide automáticamente a las demás. Empero, existen algunas teorías que son incorrectas en sí mismas y que por lo tanto son inútiles para explicarnos el fenómeno, como por ejemplo, la de la propiedad (al menos bajo la concepción técnica jurídica y estricta de la propiedad, que tenemos en nuestro ordenamiento civil).

Además –y esto es lo que más nos interesa– ninguna de esas teorías responde a nuestra pregunta sobre si los derechos de autor son o no derechos fundamentales. Por lo tanto, como ninguna de las principales teorías sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor nos es de utilidad para despejar esa incógnita, no nos serviremos de ellas para responder la cuestión, por lo que a continuación buscaremos la respuesta en otras partes.

2.- La protección a los autores en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si lo que queremos saber es si los derechos de autor son o no derechos fundamentales, debemos, entonces, encontrar alguna norma iusfundamental de donde se desprenda tal carácter. Como mencionamos en el capítulo primero de la presente investigación, las normas de derecho fundamental suelen encontrarse en las constituciones de los estados y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por lo tanto, en el presente apartado haremos la búsqueda en las normas internacionales, mientras que en el siguiente apartado realizaremos lo propio en las constituciones del mundo.

Contrario a lo que pudiera pensarse, muchos de los más importantes instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales⁷¹ hacen referencia explícita a la

⁷¹ Chapman indica que la DUDH, el PIDCP y el PIDESC son algo así como una carta universal de derechos humanos. *Cfr.* Chapman, Audrey R., “A human rights perspective on intellectual property, scientific

obligación de los estados de proteger a los autores. Veamos.

2.1.- La DUDH y la Declaración de Bogotá como primeros antecedentes.

Si bien el primer documento internacional sobre derechos fundamentales que hace referencia a la protección de los autores fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (también conocida como la Declaración de Bogotá)⁷², la estudiaremos conjuntamente con la DUDH, pues fue en el seno de la ONU donde se inició el debate sobre la protección a los autores como derecho humano, y la aprobación de ambas declaraciones está históricamente vinculada.

Así, nuestro punto de partida será el texto de la DUDH, dado el hito que dicho documento significó para la internacionalización de los derechos fundamentales. En particular, nos interesa el a. 27 de dicha declaración, mismo que dispone:

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

¿Cómo fue que la cuestión de la protección a los autores se introdujo en tan influyente instrumento internacional?

Es sabido que la DUDH fue una respuesta contra las atrocidades de la segunda guerra mundial y del holocausto⁷³. En 1946 la ONU creó la Comisión de Derechos Humanos, y esta, a su vez, constituyó un comité redactor para la DUDH⁷⁴. El primer borrador que realizó el comité no hacía ninguna mención a la protección de los autores, pero en cambio, sí señalaba el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar las artes y

progress, and access to the benefits of science”, <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/chapman.pdf>, diciembre de 2007.

En el mismo sentido, Mahop, Marcelin Tonye, *Intellectual property, community rights and human rights. The biological and genetic resources of developing countries*, Londres, Routledge, 2010, p. 57.

⁷² Adoptada en el seno de la IX Conferencia Internacional Americana, el 2 de mayo de 1948, en Bogotá, Colombia.

Cfr. Rossi, Julieta, “Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales” en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003 p. 355; y García Ramírez, Sergio, “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 20, enero-junio 2009, p. 151.

⁷³ Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 1; Ruggles, Fairchild D., y Silverman, Helaine, “Cultural heritage and human rights” en Ruggles, Fairchild D., y Silverman, Helaine (coords.), *Cultural heritage and human rights*, Nueva York, Springer Science + Business Media, 2007, pp. 3 y 4; Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, pp. 134 y 135.

⁷⁴ Cassin, René, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal” (trad. Héctor Cuadra) en VV.AA., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 1974, 393 y 394; De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, “La protección internacional de los derechos humanos” en VV.AA., *Protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 106; Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, México, 18a. ed., Porrúa, 1997, pp. 511 y 512.

a compartir los beneficios de la ciencia⁷⁵.

El delegado de Francia en el comité redactor, René Cassin (premio Nobel de la paz y quien, hoy en día, es considerado como autoridad en materia de derecho internacional de los derechos humanos), propuso reorganizar y sistematizar el primer borrador. Cassin realizó un nuevo documento de trabajo al que adicionó una disposición (el a. 43 de tal borrador) que establecía que los autores de todas las obras artísticas, literarias y científicas, así como los inventores, conservarán, adicionalmente a una justa remuneración por su trabajo, un derecho moral sobre su obra y/o descubrimiento (sic), que no desaparecerá después de que la obra o descubrimiento (sic) se convierta en propiedad común de la humanidad⁷⁶.

Se puede apreciar que Cassin tenía una especial preocupación por el derecho moral de los autores (figura, por cierto, de cepa francesa), al grado que pensó que debía consagrarse internacionalmente como un derecho humano⁷⁷. Llama también la atención que Cassin utilizó sin ambages la expresión “derecho moral”, que es clásica en materia de derechos de autor.

Menos importancia le concedió Cassin a la retribución económica a los autores, pues la “justa remuneración” sólo se menciona de paso; lo que lleva a Yu⁷⁸ a especular que posiblemente Cassin consideraba que los derechos económicos de los autores ya estaban cubiertos por otras disposiciones del borrador de la DUDH (concretamente con la protección a la propiedad).

La propuesta de Cassin generó fuertes objeciones, principalmente de los delegados de EUA (Eleanor Roosevelt) y del Reino Unido (Geoffrey Wilson), quienes alegaron que la disposición adicionada por Cassin pertenecía, más bien, al ámbito del *copyright*; razón por la que el comité redactor decidió no incluir tal disposición⁷⁹.

Mientras tanto, en mayo de 1948, los EUA y 21 estados latinoamericanos, adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá)⁸⁰, de la que destaca su a. XIII:

⁷⁵ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p.1052.

⁷⁶ Chapman, Audrey R., “Approaching intellectual property as a human right: obligations related to article 15 (1) (c)”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXV, núm. 3, 2001, p. 10; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 220; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 6; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1052.

El borrador de Cassin (de junio de 1947) puede consultarse en Glendon, Mary Ann, *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001, pp. 275 y ss.

⁷⁷ Foster, Sharon E., “The conflict between the human right to education and copyright” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 295.

⁷⁸ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1052.

⁷⁹ Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 220; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1054 y 1055; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 77, p. 295; Rosenthal Kwall, Roberta, *The soul of creativity. Forging a moral rights law for the United States*, California, Stanford University Press, 2010, p. 134.

⁸⁰ Rodríguez Rescia, Víctor, “El sistema interamericano de protección de derechos humanos. Presente y futuro”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLIX, núms. 223-224, enero-abril 1999, p.123; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de la convencionalidad en el Estado constitucional” en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, IJ-UNAM / El Colegio Nacional, 2010, p. 165; Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 74, p. 514; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 9; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1048.

Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha reconocido a esta declaración un carácter vinculatorio, como se puede observar en su opinión consultiva OC-10/89 denominada

Artículo XIII.- Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Dicho texto se adoptó a pesar de la oposición que manifestaron las delegaciones de EUA y Ecuador en el Comité Jurídico Interamericano⁸¹.

Así, la Declaración de Bogotá se convirtió en el primer instrumento internacional en materia de derechos fundamentales, que consagró el derecho de los autores a ser protegidos, tanto en una vertiente moral como en una de carácter económico. Esta declaración, como se verá a continuación, tuvo una notable influencia en la DUDH⁸².

Es interesante ver, a su vez, el impacto que tuvo el Convenio de Berna en la Declaración de Bogotá. En 1948 se realizó la revisión de Bruselas al Convenio de Berna, en la que el tema de los derechos morales volvió a tratarse, lo que culminó con la modificación al a. 6 Bis de tal tratado⁸³. A decir de Johannes Morsink, este reflector sobre los derechos morales (en particular su mención en el Convenio de Berna como instrumentos tutelares del “honor y reputación” de los autores), generó que los países latinoamericanos se identificaran con tales propósitos e incluyeran una disposición sobre derechos de autor en la Declaración de Bogotá⁸⁴.

Pero regresemos a la ONU y a la creación de la DUDH. En la tercera sesión del comité redactor, la delegación de Francia reintrodujo una disposición sobre la protección a los autores, ahora con un texto inspirado en la Declaración de Bogotá, lo que le ganó el apoyo inmediato de las delegaciones chilena y uruguaya. Empero, la propuesta francesa fue desechada por 6 votos contra 5, y 5 abstenciones⁸⁵.

No obstante lo anterior, antes de que el borrador de la DUDH fuera enviado a la sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, un comité de tal asamblea dio una revisión final, artículo por artículo, del documento. En esta ocasión, se volvió a introducir al debate una disposición sobre la protección a los autores, patrocinada por Cuba, Francia y

“Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Incluso, en esa opinión consultiva, la corte americana constató la *opinio iuris* de los estados americanos sobre la obligatoriedad de la Declaración de Bogotá, afirmando que “los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta –de la OEA– se refiere” (párrafo 43 de la opinión).

Así las cosas, de la Declaración de Bogotá se podría desprender el deber de los EUA de proteger los derechos morales de los autores, dado su carácter vinculante.

⁸¹ De hecho, EUA proponía un texto más ambiguo, en el que se hablaba de un “derecho a un nivel mínimo de bienestar en el campo cultural”. Cfr. Delgado Porras, Antonio, “El derecho de autor y el derecho ‘humano’ del autor” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, p. 84.

⁸² Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Harvey, Edwin R., “Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”, Ginebra, Comité DESC, 40a. sesión, 28 de abril a 6 de mayo de 2008, p. 3.

⁸³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 648.

⁸⁴ Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 220.

⁸⁵ *Idem*; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1055 y 1056.

México⁸⁶. Es así que Yu nos explica:

The involvement of the Cuban and Mexican delegates was particularly important because Latin American countries provided one of the largest blocs of countries in the Third Committee, and these countries ultimately served as a rallying force for the support of the provision⁸⁷.

Como era de esperarse, la propuesta generó oposición. Las delegaciones de EUA y Ecuador alegaron que la disposición era redundante, ya que los derechos de los autores estaban cubiertos por las normas de protección a la propiedad que contemplaba el borrador. La delegación del Reino Unido señaló que los intereses de los autores no eran “derechos humanos básicos” y que el *copyright* debía tratarse en leyes y acuerdos internacionales especiales. Postura similar sostuvo Australia⁸⁸.

En respuesta, el delegado mexicano, Pablo Campos Ortiz, afirmó que la disposición versaba sobre los derechos que tienen los individuos como trabajadores intelectuales, artistas, científicos y escritores, por lo que debían de incluirse en una declaración de derechos humanos; además de que cuestionó la efectividad de la, entonces vigente, legislación nacional e internacional de propiedad intelectual, que en muchos casos era inexistente, por lo que estimó indispensable el apoyo de una autoridad moral como la ONU para la protección tanto del *trabajo manual como del intelectual*. A esta postura se adhirieron Argentina, Brasil, Ecuador (que cambió de opinión), Perú y Venezuela⁸⁹.

A favor también se manifestó China, país que alegó que la disposición no sólo protegía los intereses creativos, sino también los de cualquier persona, pues las obras deben ser accesibles al público directamente en su forma original, y esto sólo se podía lograr mediante los derechos morales⁹⁰.

Finalmente, el comité aprobó la propuesta cubana-francesa-mexicana por 18 votos contra 13, y 10 abstenciones. Cuando el texto de la DUDH se turnó a la Asamblea General de la ONU, hubo cierto debate en lo general y en lo particular, culminando con la adopción del texto definitivo de la DUDH (incluyendo el a. 27, tal y como lo propuso el comité) el 10 de diciembre de 1948⁹¹.

De acuerdo con Chapman⁹², los motivos para apoyar el a. 27 de la DUDH fueron

⁸⁶ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 81, p. 84; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 221; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1056.

⁸⁷ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1056.

⁸⁸ Afori, Orit Fischman, “Human rights and copyright: the introduction of natural law considerations into American copyright law”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XIV, núm. 2, 2004, p. 520; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 221; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1056 y 1057.

⁸⁹ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1057.

⁹⁰ Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 222; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1057; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 77, p. 295.

⁹¹ Cassin, René, *op. cit.*, nota 74, p. 397; De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 74, p. 107; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, IJ-UNAM, 2010, p. 97; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, pp. 11 y 222; Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos” en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 158; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1057 y 1058.

⁹² Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11.

diversos: algunos países lo hicieron por la cuestión de los derechos morales, mientras otros lo hicieron para fortalecer el régimen internacional de derechos de autor⁹³.

La DUDH y la Declaración de Bogotá, no sólo abrieron el debate acerca del carácter de derechos fundamentales de los derechos de autor, sino que fueron la punta de lanza de una tendencia a incluir la protección de los autores en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁹⁴, como veremos a continuación.

2.2.- *El PIDESC.*

El siguiente paso en la internacionalización de los derechos fundamentales, fue la suscripción de tratados que reflejaran el alcance de la DUDH⁹⁵, pues esta última, a pesar de su importancia histórica y moral, tiene efectos jurídicos limitados, en tanto es una resolución de la Asamblea General de la ONU y no un tratado⁹⁶.

Esto también es apuntado por Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; por Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 77, p. 295; y por Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 79, p. 134.

⁹³ Recordemos que, en esa época, la protección internacional a los derechos de autor era primordialmente regional, pues como se explicó en el capítulo segundo de la presente investigación, el Convenio de Berna era todavía un tratado europeo, mientras que los países latinoamericanos tenían una serie de acuerdos limitados en cuanto a sus partes contratantes; eso sin mencionar que EUA seguía sin adquirir compromisos internacionales en la materia y se le veía como un país pirata.

La Convención Universal del Derecho de Autor de la UNESCO (que se estaba negociando al mismo tiempo en que se discutían los borradores de la DUDH) fue un importante instrumento para lograr una mejor protección de los autores a nivel internacional, por lo que muchos países vieron en el a. 27 de la DUDH una oportunidad para impulsar la suscripción de ese tratado sobre derechos de autor.

⁹⁴ De hecho, existen quienes hablan sobre las “cláusulas de propiedad intelectual” de los instrumentos de derechos humanos. *Cfr.* Helfer, Laurence R., “Toward a human rights framework for intellectual property”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, p. 977;

Asimismo, Geiger considera que el a. 27 de la DUDH es una referencia expresa a los derechos de autor. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 31.

En igual sentido, Jokhadze indica que el a. 27 de la DUDH hace una clara alusión a los derechos de autor. *Cfr.* Jokhadze, George, “The big ones of the music industry: copyright and human rights aspects of the music business” en Ziemele, Inieta (coord.), *Expanding the horizons of human rights law. New authors, new themes*, Países Bajos, Brill, 2005, p. 265.

Misma postura es la que apunta Mahop, Marcelin Tonye, *op. cit.*, nota 71, p. 57.

Por su parte, Morsink indica, respecto de la DUDH, que: “The second paragraph of Article 27 land us in the middle of a controversy about international copyright law”. Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 73, p. 219.

Igualmente, Stavenhagen considera que la referida disposición habla de los derechos de autor. *Vid.* Stavenhagen, Rodolfo, “Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.

Mientras que Devine, Hansen y Wilde afirman que el concepto de propiedad intelectual se encuentra presente en el segundo párrafo del a. 27 de la DUDH. *Cfr.* Devine, Carol, Hansen, Carol Rae, y Wilde, Ralph, *Human rights: the essential reference*, Arizona, Oryx Press, 1999, p. 111.

⁹⁵ Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2a. reimp. de la 1a. ed., Oxford University Press, 2006, p. 63.

⁹⁶ *Cfr.* Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, Nueva York, 5a. ed., Oxford University Press, 1998, p. 576; Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor y el derecho a la cultura” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 65; Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, pp. 138 y 139; Duffield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 216; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 33; y Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7.

Originalmente, la ONU tenía planeado hacer un tratado general que contuviera todo tipo de derechos humanos, pero dada la intensificación del debate (en particular, las divergencias entre el bloque socialista y el capitalista), se resolvió mejor hacer dos tratados: uno sobre derechos civiles y políticos (el PIDCP) y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales (el PIDESC)⁹⁷.

Ya sobre el tema que nos atañe, la doctrina ha puesto de manifiesto que, aunque la redacción del a. 15.1.c del PIDESC es muy similar a la del a. 27.2 de la DUDH, la adopción de la primera disposición fue todo menos automática⁹⁸.

A diferencia de la DUDH, en el caso del PIDESC el borrador ya traía desde el inicio un artículo sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores; de hecho hubo dos propuestas de texto, una corta y otra larga, aunque ambas coincidían substancialmente en el punto que ahora nos interesa⁹⁹.

Empero, al igual que sucedió con la DUDH, la propuesta de proteger a los autores causó controversia. La UNESCO y la delegación de Francia eran quienes con mayor insistencia apoyaban la propuesta, mientras que la principal oposición venía de EUA, cuya delegación argumentaba que la protección a los autores ya se estaba discutiendo en la Convención Universal del Derecho de Autor, próxima a suscribirse¹⁰⁰. La disposición relativa a la protección de los autores fue desechada por un empate de 7 contra 7 votos, y 4 abstenciones¹⁰¹.

No obstante lo anterior, en 1952 la delegación francesa volvió a introducir la propuesta al debate. Los EUA, el Reino Unido y la entonces Yugoslavia, se opusieron alegando que se trataba de un punto muy complejo. La UNESCO respondió que, a pesar de su complejidad, era muy recomendable incluirla en el PIDESC¹⁰². La propuesta fue desechada por una votación de 7 votos contra 6, y 4 abstenciones¹⁰³.

Cuando el borrador del PIDESC alcanzó la sesión 12 del tercer comité de la Asamblea General de la ONU, se reabrió por última vez el debate sobre sus disposiciones en materia de derechos culturales. En este caso, fueron Costa Rica y Uruguay quienes introdujeron la propuesta de proteger los intereses morales y materiales de los autores. La delegación uruguaya justificó lo anterior indicando que era imperativo una referencia a los derechos de autor, dada la falta de protección internacional, lo que llevó a que muchos países piratearan obras sin pagar regalías a los autores; señalando que los derechos de los autores y los derechos del público se complementaban mutuamente (este último punto fue reiterado por China). La UNESCO se mantuvo en su apoyo a una disposición de ese tipo. En cambio, el Reino Unido se retractó de su postura, sugiriendo la conveniencia de incluir una disposición correspondiente al a. 27.2 de la DUDH. También manifestaron su apoyo Chile, República Dominicana, Israel y Suecia. La oposición vino principalmente de EUA, Indonesia y el bloque de países de la Europa del Este¹⁰⁴. Al final, la propuesta

⁹⁷ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1060.

⁹⁸ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1060.

⁹⁹ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1062.

¹⁰⁰ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1063; y Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 77, p. 295.

¹⁰¹ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1064.

¹⁰² Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 12; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1064.

¹⁰³ Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1066.

¹⁰⁴ Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., "Copyright law reform through a human rights lens", EUA, documento de discusión 07-34, Universidad de Arizona, 2007, p. 11; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 12; Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 407; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1066 y 1067.

latinoamericana fue aprobada por una holgada mayoría de 39 votos contra 9, y 24 abstenciones¹⁰⁵.

El texto vigente del PIDESC que confiere protección a los autores es el siguiente:

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De conformidad con el destacado investigador de la UNAM en temas culturales, Rodolfo Stavenhagen, esta disposición “reafirma el derecho de autor”¹⁰⁶. Afirmación que resulta esencialmente correcta, en tanto consolidó la tendencia de tutelar a los autores en instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales (en este caso, ya mediante derecho convencional).

Al igual que sucede con el a. 27 de la DUDH, la disposición recién transcrita busca un equilibrio entre los intereses individuales y los intereses de la colectividad¹⁰⁷, sin embargo, se la ha criticado que no diga cómo lograr ese equilibrio¹⁰⁸; pero esto no debiera sorprendernos, ni llevar a su descalificación, dado que se trata de una norma de principio (mandato de optimización)¹⁰⁹.

Por otra parte, es importante señalar que México suscribió el PIDESC, mismo que fue ratificado por el Senado y publicado en el DOF el 20 de mayo de 1981, por lo que su artículo 15.1.c es ley suprema en nuestro derecho interno, según se desprende del a. 133 constitucional.

Con esto, encontramos otra norma de derecho fundamental relativa a la protección de los autores y que, además, es plenamente vigente en nuestro derecho interno. Sin embargo, a continuación veremos que hay más normas jurídicas de este tipo.

¹⁰⁵ Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, pp. 407 y 408; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 77, p. 298; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 9; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1069.

¹⁰⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 94.

¹⁰⁷ Wong, Mary W.S., “Toward and alternative normative framework for copyright: from private property to human rights”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 26, núm. 3, 2009, p. 807.

¹⁰⁸ De la Vega, Constance, y Weissbrodt, David, *International human rights law: an introduction*, EUA, University of Pennsylvania Press, 2007, p. 183.

¹⁰⁹ Sobre los principios, *vid.* el apartado 3.1 del capítulo primero de la presente investigación.

2.3.- *El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*.

El día 22 de noviembre de 1969, diversos países americanos suscribieron la CADH¹¹⁰ (también conocida como “Pacto de San José”), acuerdo que constituye, hasta la fecha, el tratado regional sobre derechos humanos más importante del que México sea parte.

No obstante la trascendencia de esta convención, la misma se limitó, casi exclusivamente, a regular los derechos calificados como “civiles y políticos”, y sólo contempla un artículo dedicado a los derechos sociales. Nos referimos a su a. 26, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiado.

En seguimiento a esa disposición, el 17 de noviembre de 1988 se suscribe el primer protocolo al Pacto de San José: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”¹¹¹. Este instrumento viene a detallar la regulación de los derechos sociales en el sistema interamericano de derechos humanos¹¹².

Siguiendo la pauta de la Declaración de Bogotá, la DUDH y el PIDESC, el Protocolo de San Salvador reguló también la protección de los intereses de los autores en su a. 14.1.c¹¹³, vinculado inmediatamente al derecho a la cultura, como se puede apreciar a continuación:

Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

¹¹⁰ Márquez, Edith, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en Perret, Louis, y Reus-Bazán, Agueda (coords.), *La Organización de los Estados Americanos en el centenario del sistema interamericano*, México, IJ-UNAM / Asociación Interamericana de Profesores de Derecho, 1992, p. 32; García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 72, p. 152; Rossi, Julieta, *op. cit.*, nota 72, p. 355; Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 80, p. 9.

¹¹¹ Ayala Corao, Carlos, “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos” en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 1999, p. 103; García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 72, p. 153; Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 91, pp. 117 y 118; Márquez, Edith, *op. cit.*, nota 110, p. 40; Rodríguez Rescia, Víctor, *op. cit.*, nota 80, p. 117; Rossi, Julieta, *op. cit.*, nota 72, p. 356; Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 80, p. 9; VV.AA., *La igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, San José, IIDH / CEPAL, 1997, p. 21.

¹¹² Díaz Müller, Luis T., “Derechos sociales y derecho al desarrollo” en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, t. II, p. 7.

¹¹³ Cfr. Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 82, p. 7.

c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Este tratado también fue suscrito por México, siendo publicado en el DOF el 1° de septiembre de 1998, e incorporándose así al derecho mexicano. Esta es otra norma iusfundamental más que contempla la protección a los autores y que, también, está vigente en nuestro país.

Como colofón a este apartado, y al margen del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha considerado que la CADH tutela, en cierta medida, los derechos de los autores. Esto en virtud de que la protección que el a. 21 de dicho tratado otorga al derecho de propiedad, comprende *todos* los derechos de carácter patrimonial, incluyendo “el derecho de la autora a comercializar su obra y a obtener el porcentaje de las ganancias derivados de su venta”, estimando la comisión que la posibilidad de los autores para disponer de sus obras es un elemento fundamental protegido por la CADH¹¹⁴.

2.4.- Sobre su posible carácter de normas *ius cogens*.

Ya que vimos que hay, a nivel internacional, por lo menos cuatro disposiciones de las que se puede derivar una norma iusfundamental que ordena proteger a los autores; por lo que surge el cuestionamiento de su jerarquía y densidad normativa en el derecho internacional, es decir, si dichas normas pueden considerarse *ius cogens*.

En derecho internacional, la expresión *ius cogens* se refiere a cierta clase de normas reconocidas y aceptadas por los estados, que por su importancia no pueden ser derogadas, salvo por otra norma superviniente de la misma clase. Se trata de normas que no admiten pacto en contrario por parte de los estados, por lo que deben ser observadas en todo momento¹¹⁵.

El *ius cogens* tiene ciertos antecedentes en el pensamiento iusnaturalista y en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹¹⁶, pero se consagra en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹¹⁷, como se puede apreciar en su a. 53¹¹⁸:

¹¹⁴ Caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros v. Chile* (informe 90/05) de 2005, párrafos 51 a 53.

¹¹⁵ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, IJ-UNAM, 1991, p. 43; y Shaw, Malcom N., *International law*, Reino Unido, 5a. ed., Cambridge University Press, 2003, p. 117.

¹¹⁶ En la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Crímenes de Genocidio, dicho tribunal hizo alusión a los principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, existiendo un interés común de los estados, aparte de sus intereses individuales. Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, 1a. reimp., IJ-UNAM, 2003, pp. 16 y 17.

¹¹⁷ Sobre la prehistoria y la historia legislativa de la institución que ahora nos ocupa, *vid. ibidem*, pp. 5 a 52.

Artículo 53

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Gómez Robledo nos explica que esta disposición adopta un criterio puramente formal en la identificación del *ius cogens*, dejando a la práctica de los estados y a la jurisprudencia internacional, el ir dándole contenido a esa forma. Esto implica que una de las cuestiones más relevantes, es identificar cuáles normas pueden considerarse de *ius cogens*, pues con excepción de un núcleo mínimo, la zona irradiante genera incertidumbre¹¹⁹. De acuerdo con Brownlie, ese núcleo mínimo o no controvertido está integrado por la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, el principio de no discriminación racial, la regulación de crímenes contra la humanidad, así como la prohibición de piratería y el comercio de esclavos¹²⁰.

Por lo anterior, es imperativo preguntarnos si la regulación internacional de los derechos humanos tiene o no el estatus de normas *ius cogens*.

Esto presenta varios problemas. De entrada, los tribunales internacionales no han sido muy proclives a calificar de *ius cogens* las normas que aplican en los casos particulares¹²¹, y hasta donde tenemos conocimiento, la Corte Internacional de Justicia no ha dictado sentencia alguna donde interprete la Convención de Viena para sentar una doctrina sobre las normas que tienen el rango de *ius cogens*.

Sin embargo, han existido algunas aproximaciones tímidas. Por ejemplo, en el caso conocido como *Barcelona Traction* de 1970¹²², la Corte Internacional de Justicia determinó que existen obligaciones de los estados frente a toda la comunidad internacional, incluyendo las que derivan de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de los seres humanos¹²³. Esto puede considerarse como un primer acercamiento para reconocer que las normas de derechos humanos son de *ius cogens*¹²⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha dado a entender que el contenido de los tratados sobre derechos humanos son normas *ius cogens*,

¹¹⁸ Publicada en el DOF el 14 de febrero de 1975.

¹¹⁹ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 116, p. 153.

¹²⁰ Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 96, p. 515.

Cfr., también, Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 115, p. 44.

¹²¹ Bou Franch, Valentín, “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales *ius cogens*: el asunto *Al-Adsani* contra Reino Unido”, *Anuario de derecho internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, núm. XVIII, 2002, p. 302.

¹²² *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Bélgica v. España), sentencia de 5 de febrero de 1970, segunda fase, Reportes de la Corte Internacional de Justicia 1970, p. 3.

¹²³ *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 96, p. 515.

¹²⁴ Aunque el calificativo de “básicos” ha generado muchas controversias, ya que para unos es una mención irrelevante, mientras para otros es el punto de partida para distinguir entre derechos humanos “básicos” y derechos humanos que no lo son. Para una explicación más amplia *vid.* Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 56.

como se puede apreciar en sus consideraciones vertidas en la opinión consultiva 1 (OC-1/82)¹²⁵.

En los círculos académicos se ha reconocido el carácter de *ius cogens* de las normas en materia de derechos humanos¹²⁶. Sin embargo, lo preocupante en la doctrina internacionalista es que está dividida en cuanto a si todos los derechos humanos integran *ius cogens* o sólo algunos de ellos; mientras hay quienes se decantan por la primera opción, hay quienes señalan, por ejemplo, que si un tratado de derechos humanos permite la suspensión temporal de ciertos derechos, sólo serán *ius cogens* los derechos humanos que no puedan suspenderse, ni siquiera en casos de emergencia¹²⁷.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que toda norma internacional de derechos humanos debiera tener el carácter de *ius cogens*, pues el principio de indivisibilidad de los derechos humanos¹²⁸ y su fundamento en la dignidad humana¹²⁹, impiden separarlos y darles menor jerarquía a unos que a otros.

En este sentido, la Declaración y Programa de Acción de Viena (adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993)¹³⁰, en su a. 5º, claramente determina lo siguiente:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Énfasis añadido).

¹²⁵ Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 74, p. 525.

¹²⁶ Por ejemplo, Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos” en VV.AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. I, p. 449; Clapham, Andrew, *Human rights: A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 18; Corcuera Cabezut, Santiago, *op. cit.*, nota 95, p. 88; De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 74, p. 118; Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 116, p. 166; Orakhelashvili, Alexander, *op. cit.*, nota 124, p. 59.

¹²⁷ En general, sobre esta problemática, *cf.* Corcuera Cabezut, Santiago, *op. cit.*, nota 95, pp. 88 a 91; Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 116, pp. 166 a 170; Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Interés jurídico respecto de reglas de *ius cogens*” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, IJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. IX, pp. 183 y 184; Harrison, James, *The human rights impact of the World Trade Organisation*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 58; Orakhelashvili, Alexander, *op. cit.*, nota 124, pp. 53 y ss.

¹²⁸ “The Universal Declaration model treats internationally recognized human rights holistically, as an indivisible structure in which the value of each right is significantly augmented by the presence of many others”. Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, EUA, 2a. ed., Cornell University, 2003, p. 27.

Sobre la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, *cf.* Nowak, Manfred, *Introduction to the international human rights regime*, Países Bajos, Brill, 2003, p. 27; Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 91, p. 17; y Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 91, p. 164.

¹²⁹ En el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, se reconoce y afirma “que *todos* los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana” (énfasis añadido).

¹³⁰ Documento oficial de la ONU identificado como A/CONF.157/23.

De ahí que no se pueda dar más importancia a unos derechos humanos que a otros, pues todos deben tener el mismo peso.

Coincidimos con Ferrajoli cuando indica que la Carta de la ONU, las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, son el embrión de una “constitución mundial”¹³¹, y que el orden jurídico global fue cambiado por la Carta de San Francisco y la DUDH, ya que:

Los estados signatarios quedaron legalmente sujetos a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos. (...) Por otro lado, la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales sino supra-estatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, transformando un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal¹³².

El afirmar que algunos derechos humanos tienen el carácter de *ius cogens* y otros no, se traduce, automáticamente, en una jerarquización apriorística de tales derechos, llevándonos a la nada deseable situación de encontrar derechos humanos superiores y derechos humanos inferiores.

Como vimos en el capítulo primero de este trabajo, la doctrina constitucionalista ha superado la tentación de jerarquizar los derechos fundamentales, dándole el mismo nivel y densidad normativa a cada uno de ellos, y reconociendo que las colisiones entre los mismos no se resuelven mediante el criterio de jerarquía, sino mediante una ponderación. Además, si vemos en esta clase de derechos verdaderos mandatos de optimización, debemos aplicarlos para que se cumplan en la mayor medida de lo posible. En este sentido, no es concebible que algunos derechos humanos puedan ser derogados por pactos entre los estados, y otros no. Todo derecho humano debe considerarse *ius cogens* y ser *indisponible para los estados*.

Entendemos la reticencia y extrema cautela que existe en la doctrina internacionalista al momento de pronunciarse sobre el *ius cogens*, dado el propio desarrollo que ha tenido el derecho internacional (muchas veces lento, tortuoso y rodeado de múltiples amenazas) y el riesgo de trivialización de dicha institución¹³³; sin embargo, si no se consideran de *ius cogens* las normas universales sobre derechos humanos, es difícil que este sistema adquiera una plena coherencia y despliegue todas las bondades que se esperan (e incluso, exigen) de él.

Si no se consideran las normas de derechos humanos como *ius cogens*, se corre otro

¹³¹ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 379.

En el mismo sentido, Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 216; y Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006, p. 66.

¹³² Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” (trad. Gerardo Pisarello), *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 9, octubre 1998, p. 177.

En igual sentido, *cfr.* De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 74, p. 110.

De hecho, como nos refiere Buganza, la DUDH es una especie de conciencia jurídica de la humanidad, por lo que constituye un “derecho superior” o *higher law* que no puede ser desconocido por los estados. *Cfr.* Buganza González, María del Carmen, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006, p. 48.

¹³³ Sobre este riesgo, *cfr.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 127, pp. 187 y 188.

riesgo: la trivialización de los derechos humanos.

A nuestro entender, dado el consenso que suscitó en la comunidad internacional la DUDH¹³⁴ (e incluso la Carta de San Francisco¹³⁵) y que fue ratificado por el PIDCP y el PIDESC, las normas que se deriven de esos instrumentos pueden considerarse como aceptadas y reconocidas por los estados como normas imperativas de derecho internacional¹³⁶. De hecho, no puede pensarse que esas normas de derechos humanos pueden ser fácilmente obviadas por los estados y que estos deroguen el PIDCP mediante la celebración, por ejemplo, de un tratado bilateral en sentido diverso. Antes al contrario, dado el contexto, los antecedentes y la forma en que surgieron la DUDH, el PIDCP y el PIDESC (debe recordarse que nunca en el ánimo de la comunidad internacional se había generado tanto consenso –e incluso urgencia– para proteger universalmente los derechos humanos y crear normas imperativas que no podrían ser ignoradas o modificadas por los estados)¹³⁷, deben considerarse los derechos derivados de esas normas como *indisponibles*, de manera que los estados no pueden pactar en contra de ellas¹³⁸ y sólo podrían ser derogadas mediante normas posteriores surgidas de un consenso tan abrumador y contundente como el generado a mediados del s. XX y que le dio génesis a tales instrumentos internacionales (normas emergentes de *ius cogens*).

De ahí que no sea descabellado hablar, como lo propone Garzón Valdés, de un “coto vedado” a nivel internacional, como sucede en el ámbito constitucional¹³⁹:

Podría decirse que también por lo que respecta a las normas y principios que rigen (o deberían regir) las relaciones entre los Estados existe un “coto vedado” que, por una parte, establece cuáles son los bienes que deben ser accesibles a todos los Estados y que no pueden ser eliminados por decisiones

¹³⁴ Vid. Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 91, p. 98.

¹³⁵ No debemos pasar por alto que el a. 55, inciso c), de este instrumento, establece como labor de la ONU la promoción del “respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos” y la “efectividad de tales derechos y libertades”, sin hacer distinción o jerarquización alguna.

¹³⁶ Incluso, en el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, más de 170 países reafirmaron su adhesión a los principios contenidos en la DUDH. Además de que, como ya se vio, en el a. 5º de esa declaración, la comunidad internacional reconoció que todos los derechos humanos tienen el mismo peso.

En este sentido, Pierre de Senarclens considera que, mediante la práctica, los estados han demostrado su aceptación a la DUDH como *ius cogens*. Cfr. De Senarclens, Pierre, “The politics of human rights” en Coicaud, Jean-Marc, Doyle, Michael W., y Gardner, Anne-Marie (coords.), *The globalization of human rights*, Hong Kong, The United Nations University, 2003, p. 143.

¹³⁷ Cfr. Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos” en VV.AA., *Protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 25.

¹³⁸ En este sentido, Montemayor Romo de Vivar afirma que la mayoría de los derechos humanos constituyen *ius cogens*, explicando que: “Es bastante coherente pensar porqué estos derechos deben incluirse dentro de las obligaciones no derogables por tratado. Tan sólo imaginemos un tratado entre dos naciones soberanas permitiendo la deportación de ciudadanos de un Estado para ser esclavizados en el territorio de otro Estado, o un tratado en el que dos estados se obligan a censurar todo tipo de periódico que exprese ideas a favor de los homosexuales”. Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2002, p. 47.

¹³⁹ Este coto vedado consiste en los principios y valores constitucionales cuyo respecto y/o implementación busca asegurar el funcionamiento de la democracia representativa, estableciendo restricciones constitucionales a las decisiones de las mayorías (evita la “tiranía de la mayoría”). Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional” en Serrano Migallón, Fernando, y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2008, p. 349.

mayoritarias, por ejemplo, de la Asamblea de Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad. En este coto vedado habría que incluir, desde luego, la Declaración de Derechos Humanos y todas las otras declaraciones que derivan de ella y que, a lo largo de decenios, han ido concretizando el contenido y alcance de estos derechos¹⁴⁰.

Entonces, es factible considerar que los derechos protegidos por la DUDH no pueden ser eliminados por acuerdo de los estados, constituyendo un coto vedado que no es factible que sea materia de tratados o resoluciones que pretendan derogar esos derechos.

Dejando a un lado las consideraciones sobre los derechos humanos en general, podemos constatar que el derecho humano de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales (al que denominamos “derecho a la protección jurídico-autoral”, como se verá *infra* en el apartado 6.1 del presente capítulo), en particular, está protegido por normas *ius cogens*. Veamos.

En primer lugar, ese derecho fue incluido en la DUDH, instrumento votado en la Asamblea General de la ONU por una amplísima mayoría de estados, lo que nos demuestra una práctica de esos estados en considerar como un derecho básico y digno de consagración universal aquel que protege los intereses morales y económicos de los autores¹⁴¹.

En segundo lugar, esa *opinio iuris* de los estados fue ratificada mediante la suscripción del PIDESC, que al ser un tratado, es indudablemente vinculante para sus partes firmantes (aunque cabe destacar que este tratado no ha sido tan exitoso como el PIDCP, contando con menos miembros).

En tercer lugar, la Declaración y Programa de Acción de Viena presentó otra oportunidad en la que una amplísima mayoría de estados ratificaron el contenido de la DUDH (incluyendo el derecho a la protección de los intereses de los autores).

En cuarto lugar, la amplísima mayoría de países de la comunidad internacional ha expedido legislación interna sobre derechos de autor, incluyendo tanto una protección moral, como una material.

En el caso de los países latinoamericanos esta *opinio iuris* es prácticamente incontestable, pues la han demostrado, además, no sólo con la Declaración de Bogotá y con el Protocolo de San Salvador, sino en su fuerte activismo en los respectivos trabajos preparatorios para incluir el derecho a la protección jurídico-autoral en la DUDH y en el PIDESC. Asimismo, y como se verá en el siguiente apartado, en casi todas las constituciones de la América Latina podemos encontrar consagrada la protección a los autores.

Empero, en contra podría invocarse que las normas de protección a los autores fueron muy polémicas (y varias veces rechazadas) en los trabajos preparatorios de la DUDH y el PIDESC, que no todos los países las contemplan en su Constitución, y que el PIDESC ha sido un tratado que no ha recibido una acogida general.

En todo caso, e independientemente de su calificación como *ius cogens*, es claro que las normas internacionales de protección al autor, además de su recepción convencional, gozan del estatus de *costumbre internacional*, pues se puede apreciar una práctica reiterada de los estados para obligarse a proteger a los creadores.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 351 y 352.

¹⁴¹ En este sentido, Geiger explica que los valores culturales y morales contenidos en la DUDH son incontrovertibles. *Cfr.* Geiger, Christophe, “The constitutional dimension of intellectual property” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 118.

Sin embargo, la costumbre es una fuente del derecho internacional que cada vez está perdiendo más fuerza frente a los tratados¹⁴²; además, el hecho de que algún derecho tenga una protección por vía consuetudinaria e, incluso, por vía de tratados, lo deja a merced de que, mediante la suscripción de tratados posteriores, los estados se desobliguen en proteger ese derecho. Por eso es tan trascendente el tema de delimitar si estamos ante una norma de *ius cogens*, pues sólo en ese caso el derecho quedaría blindado frente a acuerdos posteriores de los estados. Y, además, respecto del tema que ahora nos ocupa, si el derecho humano a la protección de los autores es de *ius cogens*, estaría por arriba de las demás normas internacionales, incluyendo las de la OMC¹⁴³, lo que podría llevar a una eventual revisión (e incluso nulidad) del ADPIC con base a normas imperativas de derecho internacional de los derechos humanos¹⁴⁴, o por lo menos, podría hablarse de la DUDH como un instrumento de interpretación del ADPIC¹⁴⁵.

Finalmente, hay que decir que corresponde a los tribunales internacionales el determinar si el derecho humano a la protección jurídico-autoral es o no *ius cogens*, aunque dada la suma cautela que tienen tales tribunales para hacer pronunciamientos de ese tipo¹⁴⁶, se ve difícil que en el corto o mediano plazo se aporten respuestas jurisdiccionales sobre el particular. Lo único que podemos aventurar, es que el citado derecho fundamental tiene una pretensión fundada para aspirar a ser considerado *ius cogens*, a pesar de también existir algunos argumentos en sentido contrario.

3.- La protección a los autores en los textos constitucionales. Comparación jurídica.

Ya vimos que en el derecho internacional existen normas de derecho fundamental que establecen la protección a los autores, ahora veamos si hay normas similares en las constituciones de los diversos países.

De alguna u otra forma, la mayoría de las constituciones del mundo reconocen cierta protección a los derechos de los autores, lo que nos hace ver que esto no es un fenómeno exclusivo de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales.

Efectivamente, existen constituciones que tienen cláusulas expresas en materia de derecho intelectual, así como hay otras en las que, a pesar de no contener ninguna disposición en particular, la protección a los autores se desprende de otros principios constitucionales.

En este último caso encontramos la Ley Fundamental alemana, la cual no habla expresamente de los derechos de autor, pero la protección a estos se ha encontrado en su a. 14, el cual se refiere a la propiedad y su función social¹⁴⁷. De hecho, en la mayoría de las

¹⁴² Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 115, p. 32; y Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 116, p. 85.

¹⁴³ Panizzon, Marion, "How close will GATS get to human rights", Berna, NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/14, agosto de 2006, p. 10.

En cambio, Harrison considera que los conflictos entre derechos humanos y las reglas del comercio internacional no se resolverán con alegaciones respecto a la supremacía de los derechos humanos (argumento que califica de simplista). *Cfr.* Harrison, James, *op. cit.*, nota 127, p. 59.

¹⁴⁴ Sobre eso regresaremos en el capítulo quinto del presente trabajo.

¹⁴⁵ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 141, p. 118; y Dutfeld, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 225.

¹⁴⁶ Acerca de tal cautela, *vid.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 127, p. 185.

¹⁴⁷ Esto fue determinado por el Tribunal Constitucional de Alemania en su sentencia de 7 de julio de 1971.

constituciones europeas no hay mención expresa de los derechos de los autores, aunque varios comentaristas coinciden en que la protección autoral se puede desprender de las disposiciones relativas a la protección de la personalidad y a la propiedad¹⁴⁸.

Es interesante ver que en Europa, a nivel supranacional, se está consolidando la opinión de que los derechos de los autores están protegidos vía la tutela iusfundamental de la propiedad. En este sentido encontramos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en el caso *Laserdisken* afirmó que “los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor, (...) forman parte del derecho de propiedad”¹⁴⁹, postura que fue reiterada en el caso *Promusicae*, al afirmar que constituyen principios generales del derecho comunitario, tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como “el derecho fundamental de propiedad, del que forman parte los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor”¹⁵⁰.

Asimismo, y como ya vimos, en los citados casos *Balan v. Moldavia* y *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también consideró que la propiedad intelectual en general, y los derechos de autor en particular, están amparados por la protección iusfundamental a la propiedad¹⁵¹.

De ahí que Strowel y Tulkens afirmen que, normalmente, en Europa la protección constitucional de los derechos de autor está *implícita* en las disposiciones sobre los derechos de propiedad¹⁵². Así, la falta de mención expresa de la propiedad intelectual en algunas constituciones, no se ha traducido en considerar que no existe cierto nivel de tutela constitucional a los autores¹⁵³.

Inclusive, la profesora Von Lewinski califica a los derechos de autor como derechos fundamentales, afirmando: “in many countries, such as in Germany, authors’ rights are even protected as a fundamental right under the constitution (Article 14 Grundgesetz/German Constitution on the right of property in general)”. Von Lewinski, Silke, “What is wrong with copyright?”, http://www.planetagona.org/english/theme2_suj6_note.html, diciembre de 2007.

Sobre la situación en Alemania, *cfr.* Rosén, Jan, “Copyright and freedom of expresión in Sweden – private law in a constitutional context” en Torremans, Paul (coord.), *Copyright law: a handbook of contemporary research*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 362.

En este sentido también se pronunció el Tribunal Constitucional de Hungría en el caso 1338/B/1992, afirmando que la cláusula de propiedad de su respectiva Constitución, es la que da sustento a los derechos de autor.

¹⁴⁸ *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, “Copyright and freedom of expression in Europe”, <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/PBH-Engelberg.doc>, enero de 2008, pp. 3 y 4 (este trabajo también se publicó en Dreyfuss, Rochelle Cooper, First, Harry, y Zimmerman, Diane Leenheer [coords.], *Innovation policy in an information age*, Oxford, Oxford University Press, 2000); y Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 141, p. 114.

¹⁴⁹ Asunto C-479/04, sentencia de 12 de septiembre de 2006, apartado 65.

¹⁵⁰ Asunto C-275/06, sentencia de 29 de enero de 2008, apartado 62.

¹⁵¹ *Cfr.* la nota 45 del presente capítulo.

¹⁵² Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 293.

También, *cfr.* Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 147, p. 360; y Geiger, Christophe, “Author’s rights, copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 29.

¹⁵³ Incluso, Geiger advierte una tendencia en las más recientes directivas de la Unión Europea en materia de derechos de autor, consistente en hacer referencia a los derechos fundamentales, por ejemplo: la declaración 3 de la Directiva de la Sociedad de la Información, las declaraciones 2 y 32 de la directiva de respeto a los derechos de propiedad intelectual, entre otras. *Vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

África es otro caso de un continente donde, salvo casos excepcionales como la República Democrática del Congo o Mozambique, hay un silencio absoluto en sus constituciones respecto a la protección de los autores. Si tomamos en cuenta que África es, más bien, un consumidor de propiedad intelectual y no tanto un productor¹⁵⁴, se puede aventurar que en esa región no se ha plasmado el deber constitucional de proteger a los autores, como consecuencia de pensar que esa protección favorecerá más a extranjeros y no a ellos; concepción que es ciertamente cuestionable, por tratarse de un continente rico en cultura¹⁵⁵. Desde luego, nada impide que en estos países se utilicen las mismas herramientas hermenéuticas que en Europa para desprender la protección constitucional a los autores; lo que es cierto, es que en el continente africano las menciones expresas no abundan.

Situación radicalmente diferente es la que encontramos en América, pues en este continente se protege constitucionalmente la propiedad intelectual en forma mayoritaria¹⁵⁶ (aunque, como se verá a continuación, con diversos enfoques).

Dicho lo anterior, en las siguientes líneas nos enfocaremos a los casos de regulación constitucional *expresa* de la propiedad intelectual, particularmente en materia de derechos de autor. Esto en virtud de que no es una coincidencia que varios países le hayan dado tanta importancia a la protección de los autores, como para consagrarla a través de normas de la máxima jerarquía y trascendencia. Asimismo, los alcances de esa regulación nos darán elementos para poder contestar si los derechos de autor tienen la naturaleza jurídica de derechos fundamentales o no.

Los países cuya Constitución contiene una cláusula *expresa* sobre derecho intelectual, pueden ser clasificados en tres grupos:

- a) países que vinculan los derechos intelectuales al derecho de propiedad;
- b) países que vinculan los derechos de los autores con la libertad de creación y la libertad de expresión; y
- c) países que tienen una cláusula de derecho intelectual autónoma (sin vinculación expresa a otros principios).

Veamos a continuación cada uno de esos grupos de cláusulas constitucionales.

Los países del *primer grupo*, como se dijo, vinculan expresamente los derechos de autor a los derechos de propiedad, de ahí que la protección de los primeros esté derivada expresamente de la tutela constitucional de la propiedad¹⁵⁷. Es muy ilustrativo sobre el particular, el a. 17 de la Constitución argentina:

¹⁵⁴ Nwauche, Enyinna S., "A development oriented intellectual property regime for Africa", Mozambique, Ponencia presentada en la 11a. asamblea general del Consejo para el Desarrollo de la Investigación de Ciencias Sociales para África, 6 a 10 de diciembre de 2005, p. 2.

¹⁵⁵ En este sentido, Rosén explica que es de gran interés para los países en desarrollo reconocer a los derechos de autor como derechos humanos. *Vid.* Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 147, p. 361.

¹⁵⁶ Tendencia que ya había sido advertida por la más prestigiada doctrina latinoamericana. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 96, pp. 67 y 68.

¹⁵⁷ Se aprecia aquí una aceptación de la teoría que explica la naturaleza jurídica de los derechos de autor como una propiedad (*vid. supra* el apartado 1.1 del presente capítulo).

Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. *Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.* La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. (Énfasis añadido).

Como bien nos explica Villalba, esta Constitución (que data del 1° de mayo de 1853), se inspiró en la idea de propiedad para consagrar la protección a las creaciones intelectuales¹⁵⁸.

En igual sentido, podemos encontrar la Constitución de El Salvador, cuyo a. 103 indica:

Artículo 103.- Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social.

Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley.

El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación. (Énfasis añadido).

En el caso de Chile, su Constitución, incluso, remite directamente a las reglas particulares de la propiedad para la protección de los derechos de autor (y otros derechos intelectuales), como se aprecia en la fr. 25 de su a. 19:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

25. El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, y

Sin embargo, tal disposición nos hace ver que los derechos de autor no sólo estarían integrados por esa “propiedad”, sino que demás comprenderían otros derechos, incluyendo los de carácter moral.

A pesar de no ser una Constitución, ni propiamente un tratado, cabe citar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵⁹, cuyo a. 17.2 nos permite incorporarla como parte del grupo que vincula la protección de los derechos de autor a la propiedad:

Artículo 17

Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de

¹⁵⁸ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 91, pp. 144 y 146 (opinando este jurista que la teoría adoptada por el constituyente argentino es la de la propiedad especial).

¹⁵⁹ No obstante, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, le concede efectos vinculantes a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 27.

utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual¹⁶⁰.

Dentro de este grupo también podríamos clasificar las constituciones de Costa Rica¹⁶¹, Guatemala¹⁶², Honduras¹⁶³, Panamá¹⁶⁴, Paraguay¹⁶⁵ y Ucrania¹⁶⁶.

En un *segundo grupo*, podemos encontrar a las constituciones que vinculan los derechos de los autores con la libertad de creación y la libertad de expresión, siguiendo así el tono sentado por la DUDH y los tratados que se inspiran en ella. Por ejemplo, el a. 127 de la Constitución de Nicaragua:

Artículo 127.- La creación artística y cultural es libre e irrestricta. Los trabajadores de la cultura tienen plena libertad de elegir formas y modos de expresión. El Estado procurará facilitarles los medios necesarios para crear y difundir sus obras y protege su derecho de autor.

En la misma órbita encontramos a la Constitución venezolana de 1999, ya que dentro del capítulo relativo a los derechos culturales y educativos, se encuentra la siguiente disposición:

¹⁶⁰ El comité redactor de esta carta señaló que la protección a la propiedad intelectual es un aspecto del derecho de propiedad, y se le mencionó expresamente dada su creciente importancia en la legislación secundaria de los países de la Unión Europea. El comité aclara –probablemente con una velada dedicatoria a España– que la expresión “propiedad intelectual” no sólo cubre los derechos de autor, sino también a las patentes y marcas, así como las figuras asociadas; recalando que las garantías establecidas para el derecho de propiedad deben aplicarse a la propiedad intelectual. *Cfr.* Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 41, p. 140.

Geiger destaca, como peculiaridades de esta disposición, que parece proclamar la protección iusfundamental de la propiedad intelectual como un fin en sí mismo, además de que no hace la referencia –sí contenida en la DUDH y el PIDESC– de que la protección debe ser a favor de los creadores. *Vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 35.

Por su parte, Deazley apunta que este es el primer instrumento internacional en materia de derechos humanos que habla expresamente de “propiedad intelectual”. *Vid.* Deazley, Ronan, *op. cit.*, nota 49, p. 136.

Desde luego, dada esta protección iusfundamental que se le dio a la propiedad intelectual, esta última se beneficia de no poder ser afectada en su contenido esencial, según se desprende del a. 52.1 de la propia carta. *Cfr.* Walter, Michael M., “Fundamental rights” en Von Lewinski, Silke, y Walter, Michael M. (coords.), *European copyright law. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 77.

¹⁶¹ Cuyo a. 47 establece: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”.

¹⁶² Su a. 42 constitucional indica: “Derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales”.

¹⁶³ A. 108: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la Ley”.

¹⁶⁴ A. 49: “Todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención durante el tiempo y en la forma que establezca la ley”.

¹⁶⁵ Su a. 110 establece: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”.

Cabe destacar que esta Constitución también hace una vinculación entre los derechos de autor y el derecho a la información, como se puede observar en el último párrafo de su a. 29: “Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley”.

¹⁶⁶ El a. 41 de esta Constitución, incluso antes de referirse al derecho de propiedad privada, establece que todos tienen el derecho de adueñarse de los resultados de su actividad creativa e intelectual.

Artículo 98.- La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Destaca también el a. 42 de la Constitución de Portugal¹⁶⁷:

Artículo 42.

De la libertad de creación cultural

1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.
2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor

Otras constituciones que podríamos alinear en este segundo grupo, son las de Bielorrusia¹⁶⁸, la República del Congo (antes Zaire)¹⁶⁹, Corea del Sur¹⁷⁰, Croacia¹⁷¹, quizás España (aunque con ciertas reservas)¹⁷², la República de Georgia¹⁷³, Letonia¹⁷⁴,

¹⁶⁷ Texto en español consultado en el siguiente sitio web: http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/txt/constitucion_portugal.html, diciembre de 2007.

Para más información sobre la protección autoral en esta Constitución, *cfr.* Miranda, Jorge, “A Constituição e os direitos de autor” en Miranda, Jorge, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Portugal, Príncipe, 2006, pp. 329 y ss.

¹⁶⁸ El a. 51 de su ley fundamental establece que la propiedad intelectual será protegida por ley.

¹⁶⁹ El a. 36 de la respectiva Constitución impone al Estado el deber de proteger la propiedad intelectual.

¹⁷⁰ A. 22.2 de su Constitución.

¹⁷¹ El cuarto párrafo del a. 68 de su Constitución, protege los intereses morales y materiales que se deriven de actividades creativas.

¹⁷² El a. 20.1 de su Constitución establece: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

Sobre el inciso *b)* existe una controversia acerca de si ese es el fundamento constitucional de los derechos de autor.

En los debates parlamentarios se propuso suprimir ese inciso *b)*, y el grupo socialista (PSOE), en voz de Gregorio Peces-Barba, defendió su inclusión argumentando la importancia de los *derechos de autor* y que estos requerían mayor protección que la propiedad ordinaria.

Con base a lo anterior, y a la tendencia de proteger al autor en las constituciones y en los tratados sobre derechos fundamentales, así como por la ausencia de otro fundamento en la Constitución española más convincente que la propiedad ordinaria, existe una corriente, nada menor, que estima al mencionado inciso *b)* como el fundamento constitucional de los derechos de autor. *Cfr.* por ejemplo, Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, nota 49, pp. 18 y 19; y Otero Lastres, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la constitución española de 1978”, *Revista jurídica española La Ley*, Madrid, núm. 2, 1986, pp. 370 a 379.

En contra, está la postura mayoritaria que afirma que el inciso *b)* sólo protege el derecho *a crear*, no el derecho *sobre lo creado*; que la Ley de Propiedad Intelectual es ordinaria y no orgánica; y que el fundamento constitucional de los derechos de autor es el mismo que el de la propiedad ordinaria, entre otros argumentos. *Cfr.*, por ejemplo, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentario al artículo 1º” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 20 a 22; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 52, pp. 15 y 16.

Lituania¹⁷⁵, Mongolia¹⁷⁶, Montenegro¹⁷⁷, Mozambique¹⁷⁸, Perú¹⁷⁹, Rusia¹⁸⁰ y Serbia¹⁸¹.

Como *tercer grupo*, podríamos mencionar a las constituciones que tienen una cláusula de derecho intelectual “autónoma”, es decir, que no está vinculada (al menos expresamente) con la libertad de creación o con el derecho de propiedad, aunque en algunos casos se pueda encontrar en el sector económico de la respectiva Constitución. Tal es el caso de la Constitución colombiana, cuyo a. 61 establece:

Artículo 61.- El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

De igual forma, el a. 33 constitucional de Uruguay determina:

Artículo 33.-El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley¹⁸².

En este tercer grupo podemos incluir también a Brasil¹⁸³, Eslovenia¹⁸⁴, Estonia¹⁸⁵,

¹⁷³ El artículo 23.1 de su Constitución establece que el derecho a la propiedad intelectual será inviolable, y luego garantiza la libertad de creación intelectual.

¹⁷⁴ Cfr. su a. 113, mismo que hace referencia expresa a los derechos de autor y a las patentes.

¹⁷⁵ El a. 42 de esta Constitución establece que la ley debe proteger y defender los intereses espirituales y materiales de los autores sobre sus obras.

¹⁷⁶ Luego de referirse a la libertad creativa, el a. 16.8 de esta Constitución indica que se protegen los derechos de autor y las patentes.

¹⁷⁷ El a. 50 la Constitución de este Estado establece la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

¹⁷⁸ De acuerdo con el a. 94.2 de su Constitución, el Estado debe proteger los derechos relativos a la propiedad intelectual, incluyendo los derechos de autor.

¹⁷⁹ Su a. 2.8 indica que *toda persona* tiene derecho: “A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

Debido a la mención expresa que esta Constitución hace de la “propiedad”, podríamos incluirla en el primer grupo de constituciones, al cual ya nos referimos.

¹⁸⁰ Después de garantizar la libertad literaria, artística, científica y creativa, el a. 44.1 de esta Constitución, indica que la propiedad intelectual deberá ser protegida por la ley.

¹⁸¹ Al igual que la ley fundamental de Montenegro, el a. 73 de la Constitución de Serbia prescribe la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

¹⁸² Destaca que en esta Constitución, como en otras latinoamericanas, sigue vigente la concepción del “trabajo intelectual” como base de los derechos de autor.

Por citar otro ejemplo, a continuación se transcribe el a. 133 de la Constitución de Honduras: “Los trabajadores intelectuales independientes y el resultado de su actividad, deberán ser objeto de una legislación protectora”.

¹⁸³ Cfr. su a. 5°, fr. XXVII y XXVIII.

Para un análisis detallado de la protección a los derechos de autor en esta Constitución, *cfr.* Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional” en De Carvalho, Patrícia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II, pp. 36 y ss.

¹⁸⁴ El a. 60 de esta Constitución establece que, entre otros derechos, se garantizan los derechos de autor.

¹⁸⁵ El a. 39 de su Constitución prescribe que los autores tienen derechos inalienables sobre sus obras, y que tales derechos deben protegerse por el Estado.

República Dominicana¹⁸⁶, Suecia¹⁸⁷, y México.

En el caso de la Constitución mexicana, nuestra cláusula de derecho intelectual está en el noveno párrafo del a. 28 de la Ley Suprema vigente. Dicho párrafo establece que no se consideran monopolios los privilegios temporales que se concedan a autores, artistas e inventores¹⁸⁸. Tal disposición la clasificamos en el tercer grupo, es decir, como cláusula autónoma, porque no está vinculada expresamente con la propiedad (que de hecho está contemplada en diverso artículo constitucional: el 27), ni tampoco con la libertad de creación o con las libertades informativas (aunque cabe advertir que nuestra SCJN ha determinado que estos últimos principios informan la regulación de los derechos de autor¹⁸⁹).

Más dudoso es el caso de EUA. Su cláusula constitucional de propiedad intelectual (a. 8º, párrafo octavo)¹⁹⁰ aparentemente puede clasificarse como autónoma, pues no hace referencia ni a la propiedad, ni a las libertades de creación o informativas. Sin embargo, la mención expresa que hace a su propósito de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles”¹⁹¹, puede plantearnos la interrogante sobre si es más adecuado incluirla en el segundo de grupo de clasificación al que nos hemos referido.

En conclusión y resumiendo, podemos observar que existen dos grandes corrientes en cuanto a la protección constitucional a los autores: *a)* los países que expresamente confieren tal protección, y *b)* los países cuyas constituciones son omisas. En el primer caso, hay tres tendencias en cuanto a esa protección: vincularla con la propiedad, vincularla con las libertades de expresión y de creación, o no vincularla expresamente con algún principio. En el segundo caso, se está presentado el fenómeno de considerar la protección constitucional a los derechos de autor como implícita en la tutela concedida a la propiedad. Como bien dice Cullet: diferentes países y diferentes regiones del mundo tienen posiciones diversas respecto al lugar que deben ocupar las contribuciones culturales y científicas en el

¹⁸⁶ A. 52: “Derecho a la propiedad intelectual. Se reconoce y protege el derecho de la propiedad exclusiva de las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley”.

¹⁸⁷ A. 19 de la Constitución de 1974.

De ahí que Rosén afirme que esta Constitución es la que, en toda la Unión Europea, da un apoyo más sólido a los derechos de autor. *Cfr.* Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 147, p. 364.

¹⁸⁸ De igual manera, con la reforma constitucional de 2009, se concedieron facultades expresas al Congreso de la Unión para legislar en materia de derechos de autor, como se aprecia en la fr. XXV del a. 73 constitucional.

Este fundamento se complementa, en materia de creaciones industriales, por los aa. 73, fr. XXIX-F, y 89, fr. XV, de la Constitución.

¹⁸⁹ Sentencia de 16 de abril de 2007, dictada por el Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 25/2005, pp. 19 y 20.

Asimismo, cabe destacar que el a. 73, fr. XXV, de la Constitución, aunque no es una cláusula de derecho intelectual (pues sólo contempla las facultades del legislador federal), vincula los derechos de autor a los temas culturales.

¹⁹⁰ Dicho párrafo establece que es facultad del Congreso de ese país: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

¹⁹¹ De acuerdo con las acepciones usadas en la época de su redacción, la palabra “ciencia” se refería a toda forma de conocimiento y aprendizaje, mientras que las “artes útiles” se referían al objeto de protección de las patentes. *Cfr.* Hatch, Orrin G., y Lee, Thomas R., “To promote the progress of science: the copyright clause and Congress’s power to extend copyrights”, *Harvard journal of law and technology*, EUA, vol. 16, núm. 1, otoño 2002, pp. 7 y 8.

marco de los derechos humanos¹⁹².

Sin embargo, se advierte una creciente tendencia a incluir expresamente la protección de los autores como una cláusula constitucional¹⁹³, y los países que no lo hacen de manera expresa han llegado a desprender tal protección de su Constitución mediante la interpretación de los tribunales. De ahí que podamos afirmar que, en mayor o menor medida, se puede encontrar alguna tutela constitucional a los derechos de autor.

En otro orden de ideas, analizando las cláusulas constitucionales de derecho intelectual previamente transcritas, podemos obtener una interesante conclusión: las constituciones no regulan a detalle los alcances y contenidos de los derechos de autor, sino que se deja al legislador ordinario una *amplísima libertad para configurar estos derechos*. Incluso, esa libertad de configuración a favor del legislador es reconocida expresamente en muchas constituciones (como la de Paraguay o la de El Salvador), que señalan que los derechos de autor se protegerán con los alcances que determine la ley.

Sin embargo, eso no impide que algunas constituciones den algunos parámetros *mínimos* al legislador para configurar la protección de los autores.

Efectivamente, un buen número de constituciones (como la de Estonia o Uruguay) no señalan que los derechos de autor deben ser forzosamente exclusivos, por lo que en muchos de estos países se pueden crear regímenes basados en derechos de remuneración; otros estados, como Argentina, Brasil o República Dominicana, sí establecen como requisito mínimo la existencia de derechos de explotación, esto mediante el uso de expresiones como “propiedad” o “exclusividad”; otros estados, además, hacen referencia a los derechos morales, como es el caso de Croacia o de Chile (que incluso impone al legislador el deber de regular, por lo menos, las facultades de integridad y paternidad).

Otro parámetro mínimo de la regulación en los derechos de autor que establecen muchas constituciones es la temporalidad, como se puede apreciar en los casos de Argentina, Chile (cuya Constitución incluso señala que el plazo de protección no debe ser inferior a la vida del autor), Costa Rica, EUA o República Dominicana, por sólo mencionar algunos ejemplos. Esto es importante, ya que de disposiciones de este tipo se puede derivar la institución del dominio público.

Asimismo, y eso es muy relevante, muchas cartas magnas mencionan expresamente al *autor* (y no a empresas u otras entidades o personas) como los sujetos de protección constitucional en la materia; tal es el caso, por ejemplo, de Argentina, Brasil, Estonia, Lituania, Montenegro, Panamá o Serbia. De algunas de estas constituciones se puede desprender un mandato de *titularidad originaria* de los derechos a favor del autor¹⁹⁴, lo cual es plenamente congruente con los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nos hemos referido en el apartado previo.

También destaca que varias constituciones, como la guatemalteca o la venezolana, hacen referencia a los acuerdos internacionales en materia autoral para configurar el contenido de los derechos de autor.

Por lo que hace a la Constitución mexicana, particularmente en su a. 28, encontramos los siguientes requisitos mínimos que debe respetar el legislador ordinario al regular los

¹⁹² Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 412.

¹⁹³ Las constituciones más recientes de Europa y América Latina (e incluso, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), son una muestra clara.

¹⁹⁴ Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 21.

derechos de autor:

- La protección debe concederse directamente a los autores;
- Se le deben conceder “privilegios”, palabra anacrónica que históricamente podríamos asimilar al derecho de explotación, pero que, a través de una interpretación evolutiva, puede incluir otro tipo de estímulos a los autores (por ejemplo, derechos de remuneración, derechos morales, apoyos económicos, beneficios fiscales, etc.)¹⁹⁵; de forma que en la Constitución no hay un mandato de que todo derecho de autor que se conceda debe ser un derecho de explotación¹⁹⁶, antes al contrario, nuestra Ley Suprema deja libertad al legislador para elegir que clase de privilegios otorgará a los autores¹⁹⁷;
- Esos privilegios deben ser temporales;
- Tales privilegios no deben considerarse jurídicamente monopolios, si es que llegan a ser exclusivos. Esto implica un deber constitucional a cargo del legislador de que, cuando expida normas de defensa de la competencia, no califique como monopolios o prácticas anticompetitivas a los derechos de autor y a su normal ejercicio.

Una vez que ya revisamos las menciones que hacen las constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, respecto de la protección que se debe conceder los autores, procederemos a ver cómo se ha interpretado esto por la academia, en particular en relación a la posibilidad de considerar a los derechos de autor como derechos fundamentales.

4.- Tendencia doctrinal de reconocerle el carácter de derechos fundamentales a los derechos de autor.

Hasta el momento, en este capítulo hemos constatado que en las constituciones de varios estados, pero sobre todo, en el derecho internacional, existen normas iusfundamentales de protección a los autores. Ahora cabe preguntarnos si esas normas son más que suficiente para concluir que los derechos de autor son derechos fundamentales. Para despejar esa incógnita, en el presente apartado revisaremos las opiniones doctrinales sobre el particular, mientras que en el siguiente apartado analizaremos los pronunciamientos que sobre esa cuestión han hecho diversos organismos internacionales.

Hestermeyer nos refiere que, en tiempos recientes, varios académicos han afirmado

¹⁹⁵ *Vid. infra* la nota al pie 476.

¹⁹⁶ En este sentido se ha pronunciado el Pleno de nuestra SCJN, al señalar que los privilegios previstos en el a. 28 constitucional “pueden ser de carácter moral o patrimonial” (contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, p. 17).

¹⁹⁷ En realidad, el alcance de dicha norma constitucional es que, si el legislador en su momento decide otorgar derechos exclusivos a los autores (entre otros “privilegios”), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, más no hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo.

que la propiedad intelectual está protegida por los derechos humanos¹⁹⁸; o como dice Jokhadze: existe una tendencia a considerar los derechos de autor (e incluso la propiedad intelectual en general) como derechos humanos¹⁹⁹. Consultemos entonces lo dicho por algunos exponentes de esa corriente, para poder valorar así sus argumentos.

Comencemos con Serrano Migallón, quien afirma: “El derecho de autor es reconocido como uno de los derechos básicos de la persona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”²⁰⁰. En igual sentido se pronuncia Juan Ramón Obón León quien, a propósito de la DUDH, señala que el derecho de autor y el derecho a la cultura son derechos humanos²⁰¹. Mientras que Pau Miserachs señala que, en 1948, la ONU elevó los derechos de autor a la categoría de derechos humanos²⁰². Por su parte, Margarita Soto Granada estima que la referida declaración “concede al derecho de autor el carácter de derecho fundamental”²⁰³.

Al explicar la evolución histórica de los derechos de autor, Lipszyc indica: “Finalmente, en el siglo XX el derecho de autor es universalmente reconocido como *derecho humano*”²⁰⁴, para luego destacar su inclusión en las constituciones nacionales, la DUDH y el PIDESC²⁰⁵.

Igualmente, como consecuencia del texto del PIDESC, Ysolde Gendreau concluye que los derechos de autor se han convertido en un derecho humano equiparable a la libertad de expresión²⁰⁶. Mientras que Jan Rosén indica que tal tratado demuestra la fuerte aceptación de los derechos del autor como un derecho humano básico²⁰⁷.

Mabel Goldstein habla de una “sistemática invocación del derecho de autor como

¹⁹⁸ Hestermeyer, Holger, *Human rights and the WTO. The case of patents and access to medicines*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 78 y 85.

Mientras que, por su parte, Rodrigo Bercovitz advierte que: “Existe hoy en día una tendencia a incluir el derecho de autor entre los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones”. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 172, p. 20.

Mismo fenómeno es advertido por Spence, Michael, *Intellectual property*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 46 (quien considera que tal postura es extrema); y por Mahop, Marcelin Tonye, *op. cit.*, nota 71, p. 57.

¹⁹⁹ Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 94, p. 243.

²⁰⁰ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 37, p. 63.

²⁰¹ Obón León, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales” en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis / BMA, 1998, p. 9.

En diverso trabajo, este abogado afirma: “El Derecho de Autor es uno de los Derechos del Hombre”. Cfr. Obón León, J. Ramón, “Ilícitos contra el derecho de autor. El caso México” en VV.AA., *Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*, Buenos Aires, Instituto Interamericano del Derecho de Autor, 1981, p. 54.

²⁰² Miserachs i Sala, Pau, *Diccionario internacional del derecho de autor*, Barcelona, 2a. ed., Fausí, 1988, p. 21.

En el mismo sentido, Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, p. 7.

²⁰³ Soto Granada, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, III-UNAM, 2009, p. 90.

²⁰⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 38.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁰⁶ Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004, p. 22.

²⁰⁷ Rosén, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 3.

parte de los derechos humanos, que se efectuara en los convenios y declaraciones internacionales a lo largo de casi medio siglo”²⁰⁸. Mientras que Ostergard indica: “The Universal Declaration of Human Rights recognizes IP as a universal human right”²⁰⁹.

De igual forma, la jurista colombiana, Sofía Rodríguez Moreno, afirma lo siguiente respecto a la DUDH:

Por otra parte, el mencionado ordenamiento eleva a la categoría de derecho humano el derecho de autor, el cual encuentra allí mismo algunas de sus principales limitaciones en favor del acceso a la cultura, la información y el derecho a la educación²¹⁰.

En el mismo sentido se pronuncian Alma Araiza Hernández²¹¹, Estelle Derclaye²¹², Carlos Alberto Villalba²¹³, Alejandra Castro Bonilla²¹⁴, Rosemary Coombe²¹⁵, Álvaro Garzón²¹⁶, Pedro Alfonso Labariega Villanueva²¹⁷, Juan Carlos Monroy Rodríguez²¹⁸, Oscar Alberto Pérez Peña²¹⁹, Richard Wilder²²⁰, Santiago Velázquez Velázquez²²¹, Luis

²⁰⁸ Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 39.

²⁰⁹ Ostergard Jr., Robert L., *The development dilemma: the political economy of intellectual property rights in the international system*, EUA, LFB Scholarly Publishing, 2003, p. 28.

²¹⁰ Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 48.

²¹¹ Araiza Hernández, Alma, “La propiedad intelectual: un derecho humano” en VV.AA., *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, p. 96.

²¹² Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, pp. 138 y 139.

²¹³ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 91, p. 153.

²¹⁴ Castro Bonilla, Alejandra, “La protección constitucional del derecho de autor en España”, *Noticias jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/>, diciembre de 2007.

En otro trabajo, la misma autora le reconoce a los derechos de autor una naturaleza compuesta y compleja, incluyendo su protección como derecho fundamental y sugiriendo la aplicación del principio de proporcionalidad cuando colisione con otro derecho fundamental; pero fuera de su reconocimiento en la DUDH, la citada autora no da mayores explicaciones del por qué es un derecho fundamental. *Cfr.* Castro Bonilla, Alejandra, “Costa Rica: El derecho de autor como un derecho humano”, *REDI. Revista electrónica de derecho informático*, núm. 50, agosto 2002, www.vlex.com, diciembre de 2007.

²¹⁵ Coombe, Rosemary J., “Intellectual property, human rights & sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity”, *Indiana journal of global legal studies*, EUA, vol. 6, 1998, pp. 59 a 65.

²¹⁶ Garzón, Álvaro, “El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales - Planteamiento. Panorámica y perspectivas globales” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, pp. 38 y 39.

²¹⁷ Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, “Consideraciones sobre el derecho de autor” en Cienfuegos Salgado, David, y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, IIJ-UNAM, 2006, p. 287.

²¹⁸ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 14.

²¹⁹ Pérez Peña, Oscar Alberto, “El derecho de autor como derecho humano”, <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20derecho%20de%20autor.htm>, diciembre de 2007.

²²⁰ Wilder, Richard, “Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales – La propiedad intelectual y los derechos humanos”, Helsinki, Foro sobre creatividad e invenciones – Un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI / Oficina Nacional de Patentes y Registros de Finlandia, octubre 2000, p. 5.

²²¹ Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008, p. 31.

Anguita Villanueva²²², y Helenara Braga Avancini (quien incluso considera derechos fundamentales, no sólo a los de autor, sino también a los conexos de los artistas)²²³.

Por su parte, Hugenholtz señala que la protección del derecho de autor como derecho humano se desprende, en Europa, implícitamente de varias disposiciones constitucionales, así como de la DUDH y del PIDESC²²⁴. En igual sentido encontramos a Silke Von Lewinski²²⁵.

Siguiendo con esta tendencia, luego de citar el párrafo del a. 28 de la Constitución mexicana, Larrea Legorreta, Larrea Soltero, Larrea Richerand y Pastor Escobar, llegan a la conclusión de que los derechos de autor son derechos fundamentales:

Se considera un Derecho Fundamental al estar comprendido dentro de las Garantías Individuales y por virtud del Artículo 1 del mismo ordenamiento se les reconoce tanto a los autores nacionales como extranjeros. (...)

(...)

El Derecho de Autor se considera del mismo nivel que el resto de los Derechos Fundamentales, estos de alguna manera se complementan entre sí, en caso de colisión o conflicto se resuelve el caso en concreto tomando en cuenta cuál interés afecta de forma más importante a la colectividad.

Los Tribunales no han emitido resoluciones respecto al tema y la doctrina, tratándose de Tratadistas sobre Derechos de Autor, han dado un papel preponderante a éste sobre algunos otros derechos fundamentales como lo sería la libertad de expresión²²⁶.

En un texto sorprendentemente coincidente con el anterior, Gisela María Pérez Fuentes, profesora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, comparte esa opinión al señalar:

En cuanto al derecho de autor, éste se considera un derecho fundamental al estar comprendido dentro de las garantías individuales y por virtud del artículo uno del mismo ordenamiento se les reconoce tanto a los autores nacionales como extranjeros. (...)

(...)

El derecho de autor se considera del mismo nivel que el resto de los derechos fundamentales, éstos de alguna manera se complementan entre sí, en caso de colisión o conflicto se resuelve el caso en concreto tomando en cuenta cuál interés afecta de forma más importante a la colectividad²²⁷.

²²² Anguita Villanueva, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura” en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus / Fundación AISGE / Museo del Traje / Ministerio de Cultura, 2005, pp. 59 y 64.

²²³ Braga Avancini, Helenara, “Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação”, Brasil, Tribunal Superior de Justicia, <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1937>, diciembre de 2007, pp. 3 y ss.

²²⁴ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 148, p. 4.

²²⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 147.

En otro trabajo, esta misma profesora señala que la DUDH, el PIDESC y la Declaración de Bogotá protegen los derechos económicos y morales de los autores. *Cfr.* Von Lewinski, Silke, “Intellectual property, nationality, and non-discrimination”, Ginebra, Discusión para conmemorar el 50 aniversario de la DUDH, 9 de noviembre de 1998, p. 5.

Incluso, en su impresionante tratado sobre derecho autoral internacional, la señalada investigadora alemana, califica a los derechos de autor como derechos humanos. *Vid.* Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 592.

²²⁶ Larrea Legorreta, Manuel, Larrea Soltero, Ricardo E., Larrea Richerand, Gabriel E., y Pastor Escobar, Raúl, “Derecho de autor y libertad de expresión – Respuestas del Grupo Mexicano de la ALAI al cuestionario”, Jornadas de estudio de ALAI, Barcelona, junio 2006, p. 1.

²²⁷ Pérez Fuentes, Gisela María, “Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, IJ-UNAM, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre 2007, p. 864.

De igual forma, de un análisis conjunto de los aa. 14 y 28 constitucionales, y a propósito de exponer el caso *Regalías* de la SCJN (contradicción de tesis 25/2005 –en la que, por cierto, no se calificó expresamente como derechos fundamentales a los derechos de autor, pero se les reconoció un sustento constitucional–), Silva García y Silva Meza incluyen a los derechos de autor dentro del catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución mexicana²²⁸.

Asimismo, encontramos a Suthersanen quien, sin reconocer expresamente que la DUDH contempla derechos de autor, sí indica que dicho instrumento “doubly guarantees the right to the protection of intellectual property rights and the right to share, inter alia, in scientific advancement and its benefits”²²⁹. Algo similar sucede con Dessemontet, quien a veces habla de que los derechos de autor son derechos humanos²³⁰, para luego referirse al derecho humano a la protección de los derechos de autor²³¹ (que no es lo mismo).

Todas las opiniones antes señaladas tienen algo en común: establecen que los derechos de autor son derechos fundamentales por el simple y sencillo hecho de que los instrumentos internacionales (o ciertas constituciones nacionales) hablan de la protección a los autores, pero no dan ningún argumento de fondo o substancial para concluir que los derechos de autor son derechos fundamentales, simplemente se limitan a verificar el reconocimiento formal que hacen ciertas disposiciones en cuanto a la protección de los autores, lo que les lleva a concluir automáticamente que los derechos ahí establecidos son, precisamente, los derechos de autor (y no otro tipo de derechos).

Sin embargo, también hay autores que no se quedan en el aspecto formal, y van más allá. Por ejemplo, Torremans se refiere a la importancia del acto de creación y a los debates de fondo que llevaron a la protección de los autores en la DUDH y en el PIDESC, llegando a la conclusión de que es válida la pretensión de los derechos de autor de ser considerados derechos humanos. Este jurista señala que si un derecho tiene una pretensión pre-normativa de ser un derecho humano y luego el grupo social ha llevado esa pretensión a nivel normativo –y si además esa norma se adecua al sistema en forma coherente–, debe considerarse que hay una libertad básica (una condición social de carácter esencial para el mejor desarrollo del individuo); concluyendo que los derechos de autor y su inclusión en los instrumentos de derechos humanos cumplen esos requisitos²³².

²²⁸ Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 483.

²²⁹ Suthersanen, Uma, “Towards an international public interest rule? Human rights and international copyright law” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 113 y 114.

En términos parecidos, sin reconocer que los derechos de autor sean derechos fundamentales, Dreyfuss señala que es mucho más fácil ver una dimensión de derechos humanos en los derechos de autor que en las patentes, en tanto hay una íntima interrelación entre “expresión” y “personalidad”, de forma que *proteger la expresión garantiza la dignidad humana*. Cfr. Dreyfuss, Rochelle Cooper, *op. cit.*, nota 10, p. 8.

²³⁰ Dessemontet, François, “Copyright and human rights”, www.unil.ch/cedidac/, enero 2008.

²³¹ *Ibidem*, p. 10.

²³² Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, pp. 4 a 10 y 19.

Incluso, este autor estima que los derechos de autor deben ponderarse con otros derechos humanos y que los resultados de la ponderación variarán de caso en caso, afirmando que: “The higher the level of creativity and the more important the input of the creator is, the stronger the Human Rights claim of copyright will be. Not all works and not all situations will give copyright the same strength in its claim to Human Rights status and in its balancing exercise with other Human Rights”. *Ibidem*, p. 19.

Para el jurista venezolano, Ricardo Colmener, la propiedad intelectual es un derecho humano, dado que protege uno de los caracteres más esenciales de los seres humanos: la capacidad de crear (en tanto no se concibe la creación intelectual sin la presencia de un ser humano)²³³. Este autor encuentra que tal estatus de derecho humano de la propiedad intelectual no se deriva de un mero simplismo positivista (como su consagración en el PIDESC o la DUDH), “sino que se desprende de la misma esencia de la creación intelectual”²³⁴. Afirmándonos que:

Estas características esenciales circunscritas a la expresión del individuo, permiten extender o prolongar su propio ser, siendo inseparable y fundamental el nexo entre la (sic) creador y su obra. Este nexo entre el creador y su obra no es más que el derecho de la propiedad intelectual (...) Las expresiones del intelecto particularizan e individualizan a la persona, enfatizando sus cualidades y habilidades inherentes. Esta concepción explica el nexo natural entre la obra intelectual y su creador, el intelecto y su expresión son una continuación del ser humano, constituyendo la mayor diferencia entre los humanos y otros seres vivos²³⁵.

Posteriormente, y basado en el pensamiento de Hegel, Colmener afirma que “todo hombre goza de la propiedad sobre su propia persona”, por lo que todo aquello que provenga de su persona le pertenece. Por consiguiente, la obra intelectual corresponde a su creador tanto por provenir de su trabajo y esfuerzo intelectual, como por el resultado de la manifestación de su personalidad, de donde deriva un “derecho humano de propiedad intelectual”²³⁶.

Por su parte, Antonio Delgado Porrás afirma que el derecho de autor es un derecho humano en virtud de los contenidos de la DUDH y del PIDESC²³⁷. Empero, su argumento no sólo se queda en los aspectos formales cuando añade:

A mi juicio, mediante el Derecho de Autor, en tanto derecho moral, lo que se asegura es la libre representación de la personalidad del autor en la forma en que ha querido proyectarla y quiere mantenerla en la obra; y en tanto derecho patrimonial, lo que con él se garantiza son las condiciones económicas y sociales indispensables para que esa libertad sea efectiva. Desde ambas perspectivas el Derecho de Autor es un derecho humano de libertad²³⁸.

Esto lo lleva a concluir que, aunque se suele incorporar al derecho de autor dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, no es un derecho de prestación, sino un derecho de libertad; partiendo del supuesto de que muchos derechos económicos, sociales y culturales están organizados como derechos de libertad y no como derechos de prestación²³⁹.

²³³ Colmener, Ricardo, “Propiedad intelectual, nuevos paradigmas, nuevas respuestas, el derecho humano de propiedad intelectual”, *JuríPolis. Revista de derecho y política del departamento de derecho*, México, ITESM-CCM, núm 4, s/f, p. 4. Visible en www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis, diciembre de 2007.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²³⁶ *Ibidem*, p. 7. El citado abogado, también llega a esa conclusión mediante la derivación de la propiedad intelectual de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la privacidad.

²³⁷ Delgado Porrás, Antonio, “Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales” en Delgado Porrás, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 286.

²³⁸ *Ibidem*, p. 287.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 286 y 287.

André Kéréver considera que hay dos enfoques para contestar a la pregunta sobre si los derechos de autor son derechos fundamentales: uno de derecho positivo y otro filosófico²⁴⁰. Desde el enfoque de derecho positivo, la respuesta es afirmativa para este autor, quien luego de revisar la DUDH y el PIDESC, establece que es un acierto que tales instrumentos “afirmen la asimilación del derecho de autor a los derechos fundamentales y universalmente reconocidos en la época de la mundialización”²⁴¹.

En cuanto al enfoque filosófico, Kéréver indica que para ser considerados como tales, los derechos humanos deben cumplir dos condiciones: que sean fundamentales (su privación equivale a negar la existencia y dignidad del ser humano) y que sean universales (por lo que no vale el relativismo cultural). En cuanto a los derechos de autor, reconoce la existencia de dos regímenes jurídicos: el *copyright* (al que también llama “derecho de autor de empresa”) y el “derecho de autor de los creadores”²⁴². Posteriormente afirma que:

Solo el derecho de autor, que nace en la persona del creador puede por su propia naturaleza, asimilarse a los derechos humanos. Ahora bien, el régimen de los “derechos de autor de los creadores” no está universalmente reconocido, puesto que cohabita en el planeta con el *copyright*²⁴³.

Cuestión que lo lleva a preguntarse si esa no universalidad del régimen jurídico del “derecho de autor de los creadores”, le impediría a estos ser considerados como derechos humanos; a lo que contesta que, aunque en ciertas zonas del mundo predomine el *copyright*, eso “no permite negar el carácter universal de los valores en que se funda el derecho de autor de la persona del creador”²⁴⁴.

Ahora bien, de acuerdo con Kéréver ¿cuáles son esos valores que le dan a los derechos de autor la nota fundamentalidad? En primer lugar, encuentra una relación estrecha entre la libertad de expresión “entendida como libertad de creación cultural y el derecho de autor en su concepción humanista y personalista”²⁴⁵. Lo que remata con esta interesante aseveración:

Como la obra expresa la personalidad de su creador, el vínculo entre el creador y la obra, al igual que los derechos que lo sancionan, es indisoluble y persiste después de la divulgación que consiste en poner la obra a disposición de la sociedad²⁴⁶.

Inclusive, Kéréver invoca las ideas de Kant (particularmente su noción de derechos

En términos similares, Carboni explica que, en materia de derechos de autor, suele prevalecer la dimensión individual. *Cfr.* Carboni, Guilherme, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 427.

²⁴⁰ Kéréver, André, *op. cit.*, nota 12, p. 18.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

²⁴² *Ibidem*, pp. 18 y 19.

²⁴³ *Ibidem*, p. 19.

²⁴⁴ *Idem*.

Conclusiones parecidas son expresadas por Antonio Delgado. *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 81, pp. 85 a 88.

²⁴⁵ Kéréver, André, *op. cit.*, nota 12, p. 20.

²⁴⁶ *Idem*.

de autor como *ius personalissimum*)²⁴⁷, para sustentar la vinculación de la obra con la personalidad del autor, en tanto que la obra es un discurso en nombre propio²⁴⁸. A lo que añade:

La huella de la personalidad del autor es independiente del mérito y se manifiesta con distinta intensidad según el tipo de obra. Aparece con bastante claridad en las obras de ficción o imaginación, ya que éstas dimanar de la persona de su creador. Resulta más difícil descubrirla en las obras utilitarias, en las que el elemento estético debe ser compatible con la funcionalidad que se desea alcanzar²⁴⁹.

De manera que –concluye Kéréver– hay que “ser consciente de lo que la humanidad dejaría de ser si se limitara a contemplar y explotar las obras del pasado sin cultivar la creación de obras nuevas”²⁵⁰, por lo que estima que hay que “preservar esta dimensión esencial de la *dignidad humana*”²⁵¹ (énfasis añadido).

Más circunscrita es la visión de Afori, quien se inclina a pensar que los derechos de autor tienen el estatus de derechos humanos únicamente en los casos en que se sirve a los intereses personales de los autores, de manera que, el centro de los derechos de autor como derechos humanos, lo es el aspecto de los derechos morales (los derechos económicos se usarían sólo mediatamente para proteger los intereses personales de los autores)²⁵².

Postura contraria adopta Ronald Cass, quien señala que los derechos de propiedad intelectual son derechos humanos por el simple y sencillo hecho de que son sólo un tipo de derechos de propiedad, y los derechos de propiedad (no importando su clase) son derechos humanos, como demuestran sus nociones históricas desde Aristóteles²⁵³.

En términos un poco más ambiguos encontramos a Chapman, quien primero establece la importancia que, para la comunidad interesada en los derechos humanos, existe en afirmar que los derechos de autor son derechos humanos²⁵⁴, para luego indicar que los redactores de la DUDH y del PIDESC decidieron reconocer como derecho humano las reclamaciones de propiedad intelectual de los autores²⁵⁵, y que se ha prestado poca atención a la interpretación de la propiedad intelectual como un derecho humano²⁵⁶, lo que parece indicar que tal autora sí considera a los derechos de autor como derechos fundamentales. Empero, la citada pensadora a veces habla, de un *enfoque* o una orientación de derechos humanos hacia la propiedad intelectual²⁵⁷, más que afirmar que la propiedad intelectual es en sí misma un derecho humano. De cualquier forma, el argumento sustantivo de Chapman es el siguiente:

A human-rights orientation acknowledges that intellectual products have an intrinsic value as an expression of human dignity and creativity. Put another way, artistic and scientific works are not first

²⁴⁷ Para una breve glosa de las ideas de Kant sobre los derechos de autor, *vid.* el apartado 1.3 del capítulo segundo de la presente obra.

²⁴⁸ Kéréver, André, *op. cit.*, nota 12, p. 20.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² Afori, Orit Fischman, *op. cit.*, nota 88, pp. 524 y 525.

²⁵³ Cass, Ronald A., “Intellectual property and human rights”, *Engage*, EUA, The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, vol. 7, núm. 1, marzo 2006, p. 91.

²⁵⁴ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 6.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 13. Asimismo, establece como caso de excepción a los abogados de derechos indígenas.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

and foremost economic commodities whose value is determined by their utility and economic price tag²⁵⁸.

Vemos que en el pensamiento de Chapman vuelve a aparecer la noción de dignidad del creador intelectual, y, además, nos recuerda algo en lo que la UNESCO ha insistido mucho: que los bienes culturales no deben ser tratados como cualquier otro bien, pues aunque pueden considerarse mercancías, son mercancías como ninguna otra²⁵⁹. De igual forma, el Comité DESC, en su observación general 21 sobre el derecho de toda persona a tomar parte en la vida cultural²⁶⁰, reconoció que los bienes culturales tienen una dimensión económica, aunque no se reducen sólo a ella²⁶¹.

Este segundo grupo de autores reseñados nos dan una serie de argumentos para concluir que los derechos de autor son derechos fundamentales, con muchas ideas sugerentes. La valoración de estos argumentos la hacemos en el apartado 6 del presente capítulo, al exponer nuestra opinión personal sobre el particular.

Una vez dicho lo anterior, veremos la opinión que se ha ido generando en los foros internacionales, la cual, como se constatará, no coincide con la doctrina citada en el presente apartado.

5.- La postura oficial de los organismos internacionales competentes.

En tiempos recientes, diversos organismos internacionales han comenzado a analizar las relaciones entre derechos fundamentales y propiedad intelectual²⁶². Algunos de esos análisis nos darán luz sobre la forma en que tales organismos han interpretado las normas iusfundamentales internacionales de protección a los autores, y esto nos ayudará para poder concluir si los derechos de autor son o no derechos fundamentales.

5.1.- La resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU.

El 17 de agosto de 2000, la Subcomisión de Derechos Humanos adoptó una resolución intitulada “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos”²⁶³. Si bien ya previamente se habían dado esfuerzos de organismos internacionales para abordar este tema²⁶⁴, la resolución 2000/7 constituye el punto de partida para una serie de trabajos en la materia.

Dicha resolución 2000/7 es un documento breve que puede dividirse en preámbulo y puntos resolutivos. Dentro de su preámbulo, destaca la afirmación de la Subcomisión de que existen conflictos (actuales o potenciales) entre la implementación del ADPIC y la realización de derechos económicos, sociales y culturales, en particular por lo que respecta

²⁵⁸ *Idem.*

²⁵⁹ *Meeting of experts on audiovisual services: improving the participation of developing countries*, Documento de trabajo preparado por la Secretaría de la UNESCO, París, octubre de 2002, p. 5.

²⁶⁰ Documento E/C.12/GC/21.

²⁶¹ Párrafo 43.

²⁶² Una referencia de los foros internacionales donde se inició la discusión del tema, puede encontrarse en Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 41, pp. 135 y 136.

²⁶³ Documento E/CN.4/SUB.2/RES/2000/7.

²⁶⁴ Por ejemplo, en noviembre de 1998 la OMPI realizó el panel de discusión “Propiedad intelectual y derechos humanos”.

a impedimentos para transferencia de tecnología a países en desarrollo, el disfrute del derecho a la alimentación, el aprovechamiento de los recursos de las comunidades indígenas, y las restricciones al acceso de fármacos patentados (y sus implicaciones en el derecho a la salud).

Como se puede apreciar, los aspectos que mayormente llamaron la atención de la Subcomisión están enfocados, más bien, al tema de patentes y no tanto al de derechos de autor. Se destaca también que el punto de partida de dicho organismo es claramente conflictual, pues su supuesto inicial es la existencia de un conflicto entre los derechos humanos y la llamada propiedad intelectual, lo que nos demuestra que adopta el *modelo de conflicto*²⁶⁵.

Por lo que hace a los puntos resolutivos de la resolución 2000/7, destacamos los siguientes:

- Se reconoce que el derecho de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales sobre sus obras, es un derecho humano; sin embargo, se indica que tal derecho está sujeto a los límites que dicte el interés público²⁶⁶;
- Se declara que la implementación del ADPIC no refleja adecuadamente la naturaleza e indivisibilidad de todos los derechos humanos, por lo que existen contradicciones *aparentes* entre el régimen de la propiedad intelectual previsto en el ADPIC y el derecho internacional de los derechos humanos²⁶⁷;
- Se recuerda a los gobiernos la primacía de las obligaciones de derechos humanos por encima de los acuerdos y las políticas económicas²⁶⁸;
- Se solicita a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales que tomen medidas en sus leyes e implementen políticas que sean conformes con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, para proteger la *función social de la propiedad intelectual*²⁶⁹.

Tales resolutivos nos evidencian, en primer lugar, que se reconoce la existencia de un derecho humano a la protección de los autores, aunque no se explica el alcance de tal derecho, ni se dice si dicho derecho fundamental se identifica con los derechos de autor. En segundo lugar, la Subcomisión ve a la propiedad intelectual como una mera “política económica”, cuando en realidad es más que eso²⁷⁰. No obstante lo anterior, se le reconoce a

²⁶⁵ Comparte esta opinión Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 134.

Sobre el modelo de conflicto, *vid.* la nota al pie 8 del presente capítulo.

²⁶⁶ Resolutivo 1.

²⁶⁷ Resolutivo 2.

Vid. también Koopman, Jerzy, “Introduction: intellectual property rights as human rights” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 99.

²⁶⁸ Resolutivo 3.

²⁶⁹ Resolutivos 5 y 6.

²⁷⁰ De hecho, Derclaye destaca la poca profundidad de análisis que tiene este documento, considerando que está en un nivel meramente general y/o político e, incluso, demagógico. *Cfr.* Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 134.

la propiedad intelectual una “función social”²⁷¹, lo cual creemos es un punto interesante, pues nos demuestra que el derecho intelectual no es una disciplina ociosa, sino que tiene una razón de ser, concretamente, tiene una función social²⁷². En tercer lugar, las contradicciones entre derechos fundamentales y propiedad intelectual son calificadas de “aparentes”, lo que hace evidente que la Subcomisión no quiso hacer un dictamen definitivo, sino que dejó la puerta abierta a análisis posteriores para confirmar que tan cierta es esa apariencia de contradicción.

Empero, como afirma Okediji, la Subcomisión describe la incompatibilidad entre los derechos humanos y la implementación que se ha hecho del ADPIC, poniendo así un énfasis en el *efecto* de los derechos intelectuales, y no tanto en la *materia* misma de tales derechos²⁷³.

Con el fin de ahondar en las relaciones entre propiedad intelectual y derechos fundamentales, la Subcomisión pidió el apoyo de diversos organismos. En particular, destaca que pidió un análisis a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el impacto del ADPIC en los derechos humanos²⁷⁴, alentó al Comité DESC de la ONU a clarificar la relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos a través de una observación general²⁷⁵, así como solicitó al Secretario General de la ONU un reporte sobre el tema²⁷⁶.

Veamos a continuación los documentos oficiales que atendieron ese llamado de la Subcomisión.

5.2.- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Como consecuencia de la resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el 27 de junio de 2001 la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró un informe denominado “Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio”²⁷⁷.

La Alta Comisionada reconoce que el ADPIC puede afectar diversos derechos humanos, pero decidió limitar su informe al derecho a la salud²⁷⁸ (lo que nos lleva, otra vez, a temas de patentes y no de derechos de autor); lo cual no es obstáculo para que, antes de entrar a ese tema, la Alta Comisionada exponga algunas reflexiones generales sobre la propiedad intelectual y los derechos humanos.

Un primer aspecto que nos llama la atención, es que la Alta Comisionada advierte que el a. 15 del PIDESC reconoce que es necesario encontrar un *equilibrio* al proteger intereses públicos y privados en el ámbito de la propiedad intelectual, agregando que

²⁷¹ Cfr. Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 183, p. 24.

²⁷² Sobre este tema, *vid.* Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 49, pp. 133 y ss.

²⁷³ Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 366.

²⁷⁴ Resolutivo 10.

²⁷⁵ Resolutivo 11. De aquí se derivará la observación general 17 del Comité DESC, la cual se analiza a profundidad en el apartado 5.6 del presente capítulo.

²⁷⁶ Resolutivo 15.

²⁷⁷ Documento E/CN.4/Sub.2/2001/13.

²⁷⁸ Párrafo 2 del informe.

se puede decir que el Pacto –se refiere al PIDESC– obliga a los Estados a concebir un sistema de propiedad intelectual que compagine la promoción de los intereses públicos generales para acceder de la manera más fácil posible a los nuevos conocimientos con la protección de los intereses de los autores e inventores de esos conocimientos²⁷⁹.

Esto nos evidencia que, a decir de la Alta Comisionada, hay un *vínculo directo* entre el a. 15 del PIDESC y el derecho de la propiedad intelectual, al punto de afirmar que: “existe un cierto grado de compatibilidad entre el artículo 15 y los sistemas tradicionales de propiedad intelectual”²⁸⁰.

Lo anterior nos lleva a concluir que, a diferencia de Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Alta Comisionada no adopta el modelo de conflicto, sino el *modelo de compatibilidad*²⁸¹ entre los derechos fundamentales y la propiedad intelectual.

En tal tenor, la Alta Comisionada destaca que existen diferencias entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos (como los derechos culturales), principalmente en cuanto a que los derechos intelectuales son otorgados por los estados, mientras que los derechos humanos sólo son reconocidos por los estados; así como señala que los derechos humanos son inalienables, cuando los de propiedad intelectual pueden ser cedidos y tienen una duración limitada (aunque reconoce que no siempre es así, como en el caso de los derechos morales)²⁸².

No obstante esas diferencias, la Alta Comisionada reitera su visión del modelo de compatibilidad, al señalar:

Los derechos de propiedad intelectual como los enunciados en el Acuerdo sobre los ADPIC podrían ser no obstante un medio para hacer efectivo el artículo 15, siempre y cuando el otorgamiento y el ejercicio de esos derechos sirva para promover y proteger los derechos humanos²⁸³.

Por tal motivo, con acierto, Ruth Okediji indica que la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos no se opone a los sistemas de propiedad intelectual en sí mismos, sino sólo a los sistemas que se encuentren desequilibrados²⁸⁴.

Una vez hechas esas afirmaciones sobre los derechos fundamentales y la propiedad intelectual en general, la Alta Comisionada procede a hacer el análisis en sede del ADPIC. Esto es muy correcto, pues la Alta Comisionada distingue así entre la propiedad intelectual en abstracto y la propiedad intelectual como está regulada en el ADPIC²⁸⁵. Con esto se evitan simplismos y condenas en general a disciplina del derecho intelectual.

Ya respecto del ADPIC, el documento en glosa nos dice que este tratado no ha adoptado un planteamiento de derechos humanos en relación con la propiedad

²⁷⁹ Párrafo 10.

En igual sentido, Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 218.

²⁸⁰ Párrafo 12. Inclusive, en la nota al pie número 4 del informe, se destaca que los trabajos preparatorios del PIDESC se centraron en la protección de los derechos de autor y, en menor medida, en las patentes.

²⁸¹ *Cfr.* la nota al pie número 8 del presente capítulo.

²⁸² Párrafo 14.

²⁸³ Párrafo 15.

²⁸⁴ Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 368.

²⁸⁵ Como bien indica Antequera, los derechos de autor tienen una “dimensión humana” que no aparece en el ADPIC. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 18.

intelectual²⁸⁶, ya que, en tal acuerdo internacional, los derechos humanos se expresan como excepciones a la norma, más que como principios rectores en sí mismos²⁸⁷.

De cualquier forma, la Alta Comisionada no considera que “la protección de los objetivos comerciales sea necesariamente incompatible con la promoción de los derechos humanos”²⁸⁸.

Un punto de particular atención para la Alta Comisionada, es que aunque el ADPIC pregona un equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y otros bienes o derechos, no ofrece orientación en cuanto a la forma de lograr dicho equilibrio²⁸⁹.

Con esto terminamos con lo que ahora nos interesa puntualizar del informe elaborado por la Alta Comisionada. Avancemos a los otros documentos oficiales.

5.3.- El reporte del Secretario General de la ONU.

También como consecuencia de la resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Secretario General de la ONU envió, el 6 de marzo de 2001, a los gobiernos de los países miembros de Naciones Unidas, así como a organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, una petición de información para la realización de un reporte.

El día 14 de junio de 2001 el Secretario General emitió el informe intitulado “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos”²⁹⁰, el cual contiene una glosa de la postura de Brasil y Pakistán (que fueron los dos únicos estados que respondieron a la solicitud del Secretario General) y de diversas organizaciones (UNCTAD, OMC, Instituto Max Planck, Greenpeace, Asociación Internacional de Escritores y Directores de Obras, etc.).

Toda vez que este informe no establece ninguna postura u opinión del Secretario General, sino sólo resúmenes de posturas ajenas, nos abstendremos de profundizar sobre este documento.

5.4.- La resolución 2001/21 Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU.

El 26 de agosto de 2001, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU volvió a pronunciarse sobre el tema de la propiedad intelectual y los derechos humanos, lo que hizo a través de su resolución 2001/21²⁹¹.

Se trata de un breve documento donde la subcomisión reitera sus posicionamientos, en especial, con miras a la cumbre de Doha de la OMC²⁹². Para el objeto de la presente investigación²⁹³, los puntos más destacados de la resolución en comento son:

²⁸⁶ Párrafo 21.

²⁸⁷ Párrafo 22.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ Párrafo 23.

²⁹⁰ Documento E/CN.4/Sub.2/2001/12.

²⁹¹ Documento E/CN.4/Sub.2/Res/2001/21.

²⁹² Conferencia ministerial de la OMC, realizada del 9 al 13 de noviembre de 2001.

²⁹³ La resolución aborda puntos que ahora no nos interesan, como por ejemplo, el cuestionamiento de que si la figura jurídica de las patentes es, en sí misma, contraria a los derechos humanos.

- Reitera que “existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales”²⁹⁴;
- Acoge con satisfacción el informe de 27 de junio de 2001 elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ²⁹⁵;
- Recuerda a los gobiernos la primacía de los derechos humanos sobre las políticas y acuerdos económicos²⁹⁶;
- Pide a los gobiernos que elaboren normas para proteger la función social de la propiedad intelectual²⁹⁷;
- Pide a los gobiernos tener presente sus obligaciones en materia de derechos humanos durante la cumbre de Doha, en noviembre de 2001²⁹⁸;
- Exhorta al cumplimiento de las obligaciones derivadas del PIDESC “inclusive en el contexto de los regímenes internacionales de propiedad intelectual”²⁹⁹.

Como se observa, la subcomisión reiteró su adhesión al *modelo de conflicto*, lo que es interesante, dado que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ya había abierto la brecha para transitar por el modelo de compatibilidad.

5.5.- Declaración de 2001 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Esta declaración, intitulada “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”³⁰⁰, fue un paso intermedio del Comité DESC hacia la preparación de una observación general sobre la materia³⁰¹. Como reconoce ese comité, la rápida evolución del debate sobre la propiedad intelectual lo llevó a adoptar una declaración lo antes posible, para poder así identificar algunos de los puntos clave del tema con relación a los derechos humanos, sin perjuicio de refinarlos y ampliarlos al momento de emitir su observación general sobre la propiedad intelectual y el PIDESC³⁰².

Dicha declaración inicia reconociendo la amplia importancia de la creación, titularidad y control de la propiedad intelectual, así como que esta puede ser un medio para promover o inhibir el disfrute de ciertos derechos humanos (en particular los del PIDESC)³⁰³. De lo anterior se observa que el comité parte del *modelo de compatibilidad*

²⁹⁴ Párrafo 11 de su preámbulo.

²⁹⁵ Resolutivo 2.

²⁹⁶ Resolutivo 3.

²⁹⁷ Resolutivo 4.

²⁹⁸ Resolutivo 6.

²⁹⁹ Resolutivo 7.

³⁰⁰ Documento E/C.12/ 2001/15.

³⁰¹ Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 420.

³⁰² Párrafo 2 de esa declaración.

³⁰³ Párrafo 1.

entre los derechos fundamentales y la propiedad intelectual, pues reconoce que la propiedad intelectual puede servir para promover el disfrute de los derechos humanos³⁰⁴.

Esto se confirma cuando el comité promueve el desarrollo de sistemas de propiedad intelectual y el uso de los correspondientes derechos en forma *equilibrada*, de manera que se protejan los intereses de los autores pero, al mismo tiempo, se promueva el disfrute de los derechos humanos (incluso, también habla de la función social de la propiedad intelectual)³⁰⁵.

Señala el comité que los derechos humanos derivan de la dignidad inherente de todas las personas, por lo que los regímenes de propiedad intelectual deben promover y proteger todos los derechos humanos³⁰⁶.

Posteriormente, el comité hace una distinción entre los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual. Señala que los primeros son fundamentales porque derivan del ser humano como tal, mientras que los segundos sólo son instrumentales (pues son medios que utilizan los estados para incentivar la inventiva y la creatividad en beneficio de la sociedad). Asimismo, determina que los derechos humanos son inalienables, mientras que los derechos de propiedad intelectual pueden revocarse, licenciarse o transmitirse a otras personas³⁰⁷.

Esta última afirmación es incorrecta, pues en el capítulo segundo del presente trabajo pudimos constatar la existencia de derechos intelectuales que son inalienables, como los derechos morales y los derechos de simple remuneración. Incluso, en países como México, Alemania o España, la titularidad de los derechos de explotación no puede transmitirse *inter vivos*.

De igual forma, el comité indica que aunque la propiedad intelectual tradicionalmente ha protegido a autores y creadores individuales, cada vez se está enfocando más a proteger intereses económicos y corporativos; lo que lo lleva a este organismo a concluir que la protección a los autores, bajo el a. 15 del PIDESC, no necesariamente coincide con los derechos de propiedad intelectual que establecen las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales³⁰⁸. Sobre esto último profundizará el comité en su observación general 17, de 2005, como se puede apreciar en el siguiente apartado del presente capítulo.

Otro punto destacado de la declaración en glosa, es que el Comité DESC establece que, al adoptar regímenes de propiedad intelectual, los estados y otros actores deben tomar en cuenta la protección de los derechos humanos de las personas que sufren de desventajas y marginación³⁰⁹.

En cuanto a la formación de políticas y normas de propiedad intelectual, el comité reconoce el derecho de todos los posibles afectados de participar en los procesos de toma de decisiones, apuntando que dicha participación debe ser activa e informada³¹⁰.

Un aspecto muy importante para la presente investigación, es la afirmación del comité de que el a. 15 del PIDESC establece la *necesidad de equilibrar* la protección de los intereses públicos y privados en el conocimiento. De manera que cuando los estados

³⁰⁴ En contra, y sin dar mayor explicación, Derclaye considera que este documento adopta el modelo de conflicto. *Cfr.* Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 134.

³⁰⁵ Párrafo 4.

³⁰⁶ Párrafo 5.

³⁰⁷ Párrafo 6.

³⁰⁸ Párrafo 6.

³⁰⁹ Párrafo 8.

³¹⁰ Párrafo 9.

adopten o revisen sus sistemas de propiedad intelectual deben tener en mente la necesidad de ese equilibrio³¹¹.

Concluye el comité que es de fundamental importancia que las normas internacionales sobre derechos humanos se integren en los procesos de expedición y de *interpretación* de los derechos de propiedad intelectual. Para lograr ese fin, el comité señala que es importante establecer un *mecanismo de derechos humanos para la revisión de la propiedad intelectual*³¹². Coincidimos plenamente con dicha apreciación, a tal grado que el presente trabajo tiene como propósito indagar cuál es el mecanismo más viable para ese fin y cómo podría utilizarse.

Como se puede observar, en este documento no se está negando la importancia de la propiedad intelectual, ni se le está satanizando; más bien reconoce su valor. Sin embargo, se han advertido algunas desviaciones, de manera que lo que se sugiere es, más bien, un enfoque de derechos humanos para la propiedad intelectual³¹³. Asimismo, y contrario a lo que dijo la Subcomisión de Derechos Humanos, el Comité DESC no está subordinando los intereses protegidos por la propiedad intelectual a los intereses colectivos; antes al contrario, se pronuncia a favor de un equilibrio.

Desde luego, el documento más importante que ha emitido el Comité DESC sobre el tema, es la observación general 17, misma que estudiamos a continuación.

5.6.- La observación general número 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 2005.

El 21 de noviembre de 2005, el Comité DESC de la ONU adoptó su observación general número 17, relativa al a. 15.1.c del PIDESC (mismo que contiene lo que ese documento llama “derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”)³¹⁴. Como se verá a continuación, esta observación general adopta el *modelo de compatibilidad*.

Dicho documento evidencia un enfoque humanista de la propiedad intelectual, pues, alejándose de una visión meramente utilitarista (aunque no la abandona del todo), y como se ha apuntado³¹⁵, desarrolla una línea de pensamiento kantiana y hegeliana, en donde se pone especial acento en la dignidad del creador y en los vínculos entre el autor y su obra.

La observación general 17 nos será de suma utilidad para responder a la pregunta

³¹¹ Párrafo 17.

Sobre este equilibrio consideramos acertadas las palabras de Cornides, quien afirma que la protección de la propiedad intelectual no debe de ser ni muy modesta, ni excesiva, pues cualquier desvío del equilibrio frustraría su propósito, además de que acarrearía una injusticia. *Cfr.* Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 41, p. 150.

Cfr. también Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 79, p. 135.

³¹² Párrafo 18.

³¹³ Sobre este enfoque, *vid.* Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 94, p. 264.

³¹⁴ Esta observación general fue publicada como documento oficial de la ONU como E/C.12/GC/17, el 12 de enero de 2006.

Con posterioridad, el documento fue modificado para llegar a una “versión editada definitiva”, que sólo pule algunos puntos, pero no cambia su sentido general.

La versión original del documento puede consultarse en el *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2006, pp. 3 y ss.

³¹⁵ Seuba, Xavier, “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes”, <http://www.descweb.org/files/cap12.pdf>, mayo de 2010, p. 11.

materia de este capítulo: ¿los derechos de autor son derechos fundamentales? Además, se trata de una fuente de la mayor autoridad (quizá la más importante hasta el momento) sobre la interpretación del a. 15.1.c del PIDESC³¹⁶. Para un fácil análisis y exposición de los aspectos más destacables de la observación general 17, dividiremos el tema en los siguientes apartados.

5.6.1.- *Distinción entre derechos fundamentales y propiedad intelectual.*

El primer punto que trata este documento, consiste en dejar en claro que los derechos intelectuales no son derechos fundamentales³¹⁷. Esta distinción es de gran trascendencia para el Comité DESC, lo que se evidencia al ser el primer tópico que aborda en su observación general 17.

Inicia el documento afirmando que el derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de sus producciones, es un derecho humano “que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”, lo que lo distingue de *la mayoría* de los derechos reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual³¹⁸.

Inmediatamente después, el comité establece que los derechos humanos son fundamentales, inalienables y universales, mientras que los derechos de propiedad intelectual son, generalmente, de índole temporal y que “a menudo con excepción de los derechos morales” son susceptibles de transacción, enmienda y hasta renuncia³¹⁹. De tal

³¹⁶ Sobre tal importancia, nos explica Carbonell: “Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales”, agregando que: “Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia”. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM / CNDH, 2005, p. 62.

De hecho, como bien dice Hernández Cruz, estas observaciones generales *constituyen interpretación auténtica* del PIDESC. Cfr Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 91, p. 101.

³¹⁷ Párrafos 1 a 3 de la observación general.

Tal postura del comité, en opinión de Dutfield y Suthersanen, implica un giro drástico a la tendencia que venía dándose de considerar a los derechos de propiedad intelectual como derechos humanos. *Vid.* Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 218.

En la misma tónica, *cfr.* Wong, Mary W.S., nota 107, p. 812.

³¹⁸ Es posible que la expresión “la mayoría”, haya sido utilizada con el fin de que tal afirmación no fuera categórica, dejando abierta la posibilidad al reconocimiento de que existen derechos en los sistemas de propiedad intelectual cuyo fundamento inmediato es la dignidad humana, como es el caso de los derechos morales.

³¹⁹ En la redacción original del documento se hablaba de que la mayoría de derechos de propiedad intelectual son susceptibles de revocación, autorización de su ejercicio o de cesión a terceros.

Se observa que, desde su redacción original, los redactores estaban pensando, más bien, en los derechos de explotación, pues tales observaciones no son aplicables a los derechos morales. Aunque también es importante puntualizar que, en buena medida, esas observaciones tampoco son aplicables a los derechos de remuneración. Desde luego, el Comité DESC pasó por alto que hay países (como México) en el que la titularidad de los derechos de explotación no puede cederse.

La nueva redacción parece ya reconocer que hay casos en donde los derechos de explotación no se pueden ceder, por lo que habla, más bien de transacciones (como los contratos que se celebran en países como Alemania o España). Esta nueva redacción, con el uso de la palabra “a menudo”, deja abierta la puerta a casos en que existan derechos no transmisibles, pero que sean diferentes a los derechos morales.

forma que los derechos humanos (incluido el del a. 15.1.c del PIDESC) son inherentes a la persona humana como tal; en cambio, el comité indica que los derechos intelectuales son, principalmente, medios de los que se valen los estados para estimular a creatividad y la inventiva, alentar la difusión de producciones y el desarrollo de las identidades culturales, así como preservar la integridad de tales producciones³²⁰.

El punto de distinción que, en nuestra opinión, es el más debatible de los que expresa el Comité DESC, es aquel que indica que, mientras el derecho humano previsto en el a. 15.1.c del PIDESC protege la vinculación entre los autores y sus creaciones, así como los intereses materiales básicos para su nivel de vida adecuado, “los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales”³²¹.

³²⁰ Si embargo, esa aseveración, si bien es cierta, es también incompleta, en tanto no todos los derechos de la llamada propiedad intelectual cumplen con esas funciones, como es el caso de los signos distintivos, tales como las marcas o las denominaciones de origen (en los que no se protege la creatividad sino la distintividad).

Además, como vimos en el capítulo segundo de la presente investigación, la justificación *utilitarista* de la llamada propiedad intelectual no es la única que está presente en las leyes de derechos de autor vigentes en el mundo, pues dicha justificación suele aparecer mezclada con la de carácter *humanista* de protección a los autores. Resulta criticable que el Comité DESC de a entender que los derechos de autor tienen una justificación principalmente utilitarista, cuando en realidad la concepción humanista es la que prevalece en el mayor número de legislaciones del mundo, y cuando en el resto de la observación general se da un importante apoyo a la visión humanista de los derechos de autor.

³²¹ Aquí el comité hace una generalización desafortunada, pues está hablando en términos amplios de “propiedad intelectual”, pero no está diferenciando entre los regímenes de la llamada propiedad industrial y el de los derechos de autor (que si bien tienen semejanzas, son más sus diferencias); y tal aseveración del comité es, en buena medida, predicable en materia de derecho industrial, pero mucho más cuestionable en materia de derechos de autor, al menos en los sistemas del *droit d'auteur*.

El comité está incurriendo, así, en la falacia del accidente, la cual consiste “en afirmar algo que es verdadero en ciertos aspectos o para ciertos casos, pero se atribuye al conjunto. De un hecho particular se pasa a una generalización”. Cisneros Farías, Germán, *Lógica jurídica*, México, 2a. ed., Porrúa, 2004, p. 105.

Por consiguiente, estimamos totalmente acertadas las palabras de Afori cuando señala que “one should not refer to intellectual property rights as a whole, but inspect the underpinnings of each separately”. *Cfr.* Afori, Orit Fischman, *op. cit.*, nota 88, p. 522. De hecho, esta jurista considera que, dadas sus características propias, los derechos de autor son mejores candidatos que las patentes para ser considerados derechos humanos. *Ibidem*, p. 523.

Generalizaciones como la que se critica, también dejan de advertir un aspecto trascendental que separa a la llamada propiedad industrial de los derechos de autor: mientras que las relaciones en la primera son simplemente bipolares (entre titular del derecho y usuario), las relaciones en los segundos son triangulares (pues además de los usuarios finales, están los autores y los empresarios –existiendo frecuentemente tensiones entre estos dos últimos–). *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson / Sweet & Maxwell, 2007, p. 402.

De igual forma, Geiger nos recuerda que, en materia autoral, siempre están involucrados los intereses de tres actores: el autor, el público y los explotadores. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 152, p. 25.

En el mismo sentido encontramos las palabras de Ortland y Schmücker: “conflicts about copyright arise from antagonistic interests of authors, publishers (or distributors) and users”. Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1771.

En la misma tónica, *cfr.* Porsdam, Helle, *From civil rights to human rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 148.

Coincidimos con Drexl cuando afirma que es una falacia pensar que los intereses del autor y del explotador de la obra son los mismos. *Cfr.* Drexl, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy” en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 175.

Consideramos desafortunada tal apreciación, pues en materia de derecho autoral –al menos en la tradición neorromanista³²², si bien están presentes los intereses económicos de terceros, estos pasan a un segundo término frente a los intereses de los propios autores y la tutela de su dignidad³²³, como se puede constatar en instituciones jurídicas tales como la facultad moral del autor de retirar la obra del comercio, el tuitivo régimen contractual en materia de derechos de explotación, la facultad moral para impedir que se modifique la obra, los diversos derechos de remuneración que se confieren con carácter cuasi-personalísimo a los autores (como el *droit de suite*, el derecho de regalías por comunicación pública o el derecho de remuneración por copia privada, todos ellos normalmente incómodos a los intereses empresariales), la regla de titularidad originaria de todos los derechos a favor del autor, etc.; figuras que ya se explicaron en el capítulo segundo del presente trabajo y que usualmente chocan con los intereses económicos y empresariales³²⁴ que, a decir del comité, son los protegidos principalmente.

De ahí que coincidamos con la crítica que Dutfield y Suthersanen hacen de dicha afirmación del Comité DESC, pues la misma enfatiza la titularidad empresarial de los derechos intelectuales, soslayando la necesidad de protección de los derechos de los creadores y no sólo la protección a los empresarios³²⁵. Por lo que no resulta aceptable la

Desafortunadamente, el debate actual sobre los derechos de autor está tendiendo a pasar por alto el carácter triangular de las relaciones en la materia (lo que se traduce en un relegamiento de la figura del autor), lo cual consideramos una inadecuada simplificación. *Cfr.*, asimismo, la nota 205 del capítulo segundo de la presente investigación.

³²² Drassinower claramente explica que las posturas utilitaristas o instrumentalistas en la materia (como la dominante en los países de *copyright*) son indiferentes a la dignidad de los autores y los derechos que derivan de ella. *Cfr.* Drassinower, Abraham, “A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, p. 5.

³²³ Como bien afirman Cornish y Llewelyn, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del *copyright*, los sistemas de derechos de autor simbolizan una preferencia por los creadores sobre los empresarios. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 321, p. 379.

En la doctrina mexicana, Jalife explica esta situación de la siguiente forma: “Por sí mismos, los derechos de autor no reciben protección de cara a su vocación comercial, sino como un medio de defensa básico de la creatividad”. Jalife Daher, Mauricio, *Competencia desleal. Régimen jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2008, p. 114.

De igual forma, Pierre Sirinelli explica que en la mayoría de los regímenes actuales de derechos de autor, la protección de las inversiones de los empresarios no es una preocupación tan fuerte como la de proteger a los autores. *Cfr.* Sirinelli, Pierre, “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, estudio presentado en el taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 10.

³²⁴ Por ejemplo, se ha destacado que los derechos morales suelen atacarse por los cabilderos (*lobbyists*) de los empresarios, por considerar que llevan a interminables complicaciones y fortalecen indebidamente la posición de los autores. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 321, p. 487.

Asimismo, respecto de los derechos de simple remuneración, se ha puesto de manifiesto que estos benefician primordialmente a los autores, y no tanto a editores u otros empresarios. *Vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 225, p. 55.

De hecho, como bien indica Sundara, en materia de derechos de autor existen muchas normas destinadas a resolver las tensiones entre autores y editores. *Cfr.* Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 211.

³²⁵ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 219.

En este sentido, Seuba indica: “el Comité olvida que los derechos de propiedad intelectual también pueden otorgarse a particulares, y que de hecho ello es frecuente especialmente en el campo artístico”. *Cfr.* Seuba, Xavier, *op. cit.*, nota 315, p. 14.

afirmación de que los derechos de autor tengan como vocación principal la protección de las inversiones comerciales.

En este sentido, son de particular importancia las siguientes palabras de Adolf Dietz, uno de los principales expertos en derecho autoral:

El peligro es que si nos olvidamos de los autores e intérpretes, toda la construcción de la protección de los derechos de los autores y sus obras, con (...) sus fuertes características de derechos morales y su altamente sofisticado paquete de derechos exclusivos y remuneración, sucumbiría y ya no sería políticamente aceptable³²⁶.

Creemos que es más preciso hablar, como lo hace Rosén, de una *tendencia* reciente a enfatizar los aspectos más mercantiles de la propiedad intelectual en la arena internacional³²⁷. Esto se debe a que el GATT (luego OMC) comenzó a prestar atención a la propiedad intelectual en las rondas de Tokyo y Uruguay, lo que derivó en el ADPIC, como se indicó en el capítulo segundo del presente trabajo; sin embargo, eso no se traduce en que los derechos de autor sean una cuestión estrictamente comercial y que no tengan fundamentos y fines humanistas³²⁸.

Además, el alcance que el comité le atribuye al derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de sus producciones (vinculación entre los autores y sus creaciones, y protección a los intereses materiales mínimos para un nivel de vida adecuado), está presente en el actual régimen mexicano de derechos de autor.

En efecto, la “vinculación entre los autores y sus creaciones” está expresamente tutelada por los derechos *morales*, tanto a nivel nacional (a. 21 de la LFDA) como internacional (a. 6 Bis del Convenio de Berna), por lo que tal punto no es válido para hacer una distinción y para decir que “los regímenes de propiedad intelectual” protegen principalmente intereses empresariales y comerciales.

Por lo que hace al alcance del derecho del a. 15.1.c del PIDESC, respecto a la protección a los intereses *materiales* mínimos para un nivel de vida adecuado de los creadores, esto también está muy presente en las legislaciones autorales; por ejemplo, en México tal propósito se pretende lograr mediante el otorgamiento de derechos de explotación al autor a título originario (a. 26 de la LFDA), la limitación temporal de 15 años a los contratos sobre esos derechos y la presunción de un plazo de duración de 5 años a falta de pacto expreso en el contrato (aa. 30 y 33 de la LFDA), la onerosidad forzosa en

³²⁶ Dietz, Adolf, “Cinco pilares de la protección moderna europea de derechos de autor” en VV.AA., *Derecho de autor: un desafío para la creación y el desarrollo*, Chile, LOM Ediciones / Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2004, p. 163.

³²⁷ Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 207, p. 4.

Sobre esta tendencia, *vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 40; y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 323, p. 114.

³²⁸ Como bien dice Hugenholtz, el *droit d'auteur* de matiz europeo tradicionalmente ha estado rodeado de una “mística de derecho natural”, basado principalmente en nociones de justicia. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 148, p. 2.

De igual forma, Silke Von Lewinski indica que: “the natural law quality is argued to be one of the distinctive features of the continental author’s rights system”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 225, p. 3.

Mientras que Dutfield y Suthersanen afirman: “Indeed, the more conventional civil law perspective has always been that the protection of authors and inventors are both economic and cultural issues, with pecuniary and humanistic elements imbibed in both sets of laws”. Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 220.

los contratos sobre el derecho de explotación (aa. 30 y 31), los formalismos en los contratos cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de pleno derecho (a. 30 *in fine*), la presunción de que a falta de pacto el contrato es no exclusivo (a. 35), la imposición al cesionario en exclusiva de la obligación de una efectiva explotación de la obra so pena de rescisión del contrato (aa. 36, 55, 59 y 63), la inembargabilidad e impignorabilidad de los derechos de explotación (a. 41), la división de las facultades y modalidades del derecho de explotación y la interpretación restrictiva de los contratos (a. 28), la concesión al autor de derechos de remuneración con carácter irrenunciable (aa. 26 Bis y 92 Bis), etc.

Mientras que en la legislación comparada, podemos encontrar otros ejemplos de normas protectoras de los intereses materiales del autor, por ejemplo, las leyes autorales de Alemania (aa. 26, 27, 28, 31, 32, 36, 37, 41, 54 y 54a), Argentina (aa. 40 y 47), Austria (aa. 23, 24, 29 y 33), Brasil (aa. 4º, 31, 38, 49, 50 y 51), Colombia (aa. 73, 77, 78, 106, 108, 131, 139, 143, 145, 151 y 152), Dinamarca (aa. 38, 39, 52, 54, 55, 57, 58a y 62), Ecuador (aa. 44, 45, 66, 70 y 76), España (aa. 23, 24, 25, 43, 46, 47, 48, 50, 55 y 90), Francia (aa. L 122-7, L 122-8, L 122-9, L 131-3, L 131-4, L 131-5, L 133-1 y L 311-1), Grecia (aa. 5º, 13.4, 15.2 y 18.3), Guatemala (aa. 22, 23, 72, 73 y 82), Hungría (aa. 9.2, 20, 42.3 y 51), Nicaragua (aa. 26, 46, 47, 50, 51, 54, 57.5 y 58), Países Bajos (aa. 12a, 15c, 16c y 16h), Panamá (aa. 36, 55, 57 y 65), Paraguay (aa. 24, 34, 86, 87, 89, 90 y 91), Portugal (aa. 41, 43, 49, 54, 82 y 91), Rusia (aa. 17, 16, 30.4 y 31), Suecia (aa. 26j, 26k, 28 y 29) y Venezuela (aa. 23, 50, 51, 55 y 58), por sólo mencionar algunas disposiciones –sin ánimo exhaustivo– de ciertos países.

A la luz de todas esas normas protectoras de los intereses pecuniarios de los seres humanos identificados como “autores”, creemos que no se sostiene la conclusión de que las leyes de derechos de autor “protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales”.

No queremos aquí que se nos malinterprete, pues como se verá a continuación, coincidimos con el Comité DESC en que los derechos de autor no son derechos fundamentales³²⁹ (así como también coincidimos con la práctica totalidad de su observación general 17); sin embargo, creemos que el criticado argumento del comité es un tanto forzado para tratar de desmarcar a los derechos fundamentales de la propiedad intelectual, cayendo en lugares comunes que no se justifican normativamente (al menos en los sistemas del *droit d'auteur*), y que no toman en cuenta la tradición humanista de las legislaciones de derechos de autor. Nos da la impresión de que, al inicio del documento, el comité quiso deslindar a los derechos fundamentales de la “contaminación” que le pudiera acarrear la llamada propiedad intelectual, sobre todo por la impopularidad que esta última ha tenido recientemente en algunos sectores³³⁰. Empero, esa desvinculación inicial es más bien aparente, pues del resto del documento se desprende una interesante interrelación entre los derechos fundamentales y los derechos de autor³³¹.

³²⁹ *Cfr. infra* las conclusiones a las que llegamos en el apartado 6.2 del presente capítulo, en donde exponemos la diferencia entre el *derecho fundamental a la protección jurídico-autoral* (que es el previsto en el a. 15.1.c del PIDESC y disposiciones semejantes) y los *derechos de autor* como tales (que son los que prevén las leyes autorales). Empero, la distinción entre dichos derechos no significa que no tengan relación alguna; antes al contrario, los segundos dependen y encuentran fundamento en el primero.

³³⁰ Impopularidad justificada en algunos aspectos, pero no en otros.

³³¹ Sobre esto, afirma Cullet que la posición del comité sobre la separación entre derechos humanos y derechos de propiedad intelectual es menos clara de lo que aparece en el párrafo inicial de la observación general 17. *Cfr. Cullet, Philippe, op. cit., nota 1, p. 421.*

Una vez asentadas esas premisas básicas, el Comité DESC llega a la conclusión (y aquí empiezan los matices) de que el alcance a la protección de los intereses morales y materiales del autor, prevista en el a. 15.1.c del PIDESC, no coincide *necesariamente* con los derechos de propiedad intelectual. Por lo que finalmente advierte el comité: “Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15”.

Así las cosas, el PIDESC contempla un derecho fundamental a la protección de los intereses de los autores sobre sus creaciones³³², mismo que es diferente a los derechos de autor³³³.

5.6.2.- Finalidad y relación con otros derechos fundamentales.

Una vez deslindado este derecho fundamental respecto de los derechos de autor, el comité procede a hacer algunas manifestaciones sobre el propósito del primero y su interacción con otros derechos fundamentales³³⁴.

En primer lugar, el comité señala que el derecho del a. 15.1.c del PIDESC “tiene por finalidad fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y a las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto”³³⁵. De donde se deriva que tal derecho está intrínsecamente relacionado con los demás derechos previstos en el a. 15 del PIDESC: los derechos a participar en la vida cultural, a gozar del beneficio del progreso científico y sus aplicaciones, y la libertad para la investigación científica y la actividad creadora³³⁶.

La relación entre esos derechos y el derecho fundamental en estudio es, según el Comité DESC, que “los refuerza y los limita recíprocamente”³³⁷. A reserva de que el

Vid. también, Morten Haugen, Hans, “General comment no. 17 on ‘authors’ rights”, *The journal of world intellectual property*, Ottawa, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 60 y 61.

De hecho, en el resto de la observación general 17, el comité reitera lo afirmado previamente por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de que hay un vínculo directo entre el a. 15 del PIDESC y la propiedad intelectual.

Sin embargo, únicamente tomando como base esa afirmación del comité (en el sentido de que la propiedad intelectual no es un derecho fundamental), Wong llega a la errónea conclusión de que tal organismo está adoptando el modelo de conflicto. *Cfr.* Wong, Mary W.S., nota 107, p. 812.

³³² Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 139.

³³³ En este tenor, Nwauche distingue el derecho fundamental previsto en el PIDESC (al que llama “derecho a la propiedad intelectual”) de los derechos de propiedad intelectual. *Cfr.* Nwauche, Enyinna S., *op. cit.*, nota 154, pp. 6 y 7.

En los mismos términos, *vid.* Nilsson, Stina, *Copyright exceptions and limitations for the benefit of persons with disabilities – Access to cultural life and information*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2007, p. 19.

³³⁴ Párrafo 4 de la observación general.

³³⁵ Finalidad que, curiosamente, es una de las que tradicionalmente se le reconoce a los derechos de autor (principalmente desde la postura utilitarista). Sobre este particular, nos indica Chapman: “The very existence of intellectual property rights was originally justified on the grounds that incentives and rewards to artists and inventors results in benefits to society”. Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 22.

Por tal razón, Morten concluye que el Comité DESC no está atacando ni rechazando la llamada propiedad intelectual. *Cfr.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 331, p. 65.

³³⁶ En relación a estos derechos, el propio Comité DESC emitió, en el año 2009, su observación general 21, identificada como E/C.12/GC/21.

³³⁷ Como bien afirma Yu, los diversos párrafos del a. 15 del PIDESC sirven a metas comunes y están estrechamente vinculados, por lo que si se malinterpreta un párrafo se puede afectar el objetivo del otro párrafo. *Cfr.* Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1071 y 1072.

propio comité profundiza más adelante sobre esa observación, es importante destacar desde ahora estos dos puntos: *el reforzamiento y la limitación recíproca entre esos derechos*.

Así, el derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, no es contrario al derecho de acceso a la cultura o a las libertades de creación e investigación, antes al contrario, los *refuerza*; como a su vez, el derecho en estudio es reforzado y fortalecido por estos últimos. De ahí que, *prima facie*, no se puede hacer una argumentación iusfundamental correcta en el sentido de que proteger los intereses económicos y morales de los autores sea algo contrario al derecho a la cultura o a otros derechos³³⁸. De igual forma, ninguno de esos derechos es absoluto, por lo que se *restringirán* los unos a los otros, sin que sea uno de ellos el que siempre deba predominar.

De hecho, el comité llega al punto de afirmar que el derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, es una salvaguarda de la libertad para la investigación científica y la actividad creadora³³⁹.

En dicha tónica encontramos las palabras de Kartashkin, quien afirma: “A meaningful participation in cultural life and use of the benefits of scientific progress is possible only if there is effective protection of copyright”³⁴⁰.

En cuanto a la “dimensión económica” (para utilizar las palabras del comité) del derecho fundamental en análisis, esta lo hace vincularse con otros derechos del PIDESC, como el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido (a. 6.1), el derecho a percibir una remuneración adecuada (a. 7.a), y el derecho a un nivel de vida adecuado (a. 11.1)³⁴¹.

Asimismo, el comité vincula el derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, a los siguientes derechos fundamentales extraídos de los tratados regionales y universales: el derecho a la propiedad, la libertad de expresión (incluida la libertad de investigar y recibir información e ideas de toda clase y difundirlas), el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana, y el derecho a participar en las actividades culturales³⁴².

Como bien indican Austin y Zavidow, es fácilmente apreciable que el Comité DESC vincula este derecho fundamental de los autores a la *dignidad* inherente de toda persona³⁴³, lo que, a decir de estos comentaristas, es correcto, pues las amenazas (pasadas y presentes) a la libertad autoral ponen de manifiesto la necesidad de ver la autoría y la creatividad como temas de derechos humanos, dado que muchos autores no tienen garantizada la posibilidad de crear, ni la de ganarse la vida con sus obras³⁴⁴.

5.6.3.-Contenido del derecho en estudio.

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más importantes de la observación general 17 es aquel

³³⁸ Lo que nos demuestra, como detallaremos más adelante, que el *modelo de conflicto* entre la propiedad intelectual y los derechos fundamentales es erróneo.

³³⁹ Párrafo 4 de la observación general.

³⁴⁰ Kartashkin, Vladimir, “Economic, social and cultural rights” en Vasak, Karel (coord.), *The international dimensions of human rights*, París, Greenwood Press / UNESCO, 1982, vol. 1, p. 128.

³⁴¹ Párrafo 4 de la observación general.

³⁴² *Idem*.

³⁴³ Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 104, pp. 11 y 12.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

relativo al contenido del derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras.

Indica el comité que ese derecho está previsto en términos genéricos en el PIDESC, “sin especificar las modalidades de dicha protección”, la cual debe ser *efectiva*, agregando:

Sin embargo, la protección prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe reflejar necesariamente el nivel y los medios de protección que se encuentran en los actuales regímenes de derechos de autor, patentes u otros regímenes de propiedad intelectual, siempre que la protección disponible sea adecuada para garantizar a los creadores los intereses morales y materiales que les correspondan por sus obras, como se establece en los párrafos 12 a 16 *infra*³⁴⁵.

Aquí hay algunos puntos a destacar. El primero, aunque parezca obvio, es que *debe protegerse a los autores* (tanto en sus intereses morales como en los económicos), y que esa protección ha de ser efectiva. Por lo tanto, desde un punto de vista iusfundamental, debe desecharse toda propuesta que tenga como propósito privar de protección a los autores, ya que existe una obligación internacional de los estados para proteger a los creadores.

El segundo punto, es que el régimen de protección a los autores que brinde un determinado Estado, *no necesariamente* debe reflejar los contenidos de las actuales leyes sobre derechos de autor, lo que significa que es optativo adoptar una legislación de este tipo³⁴⁶. Los estados pueden elegir entre cumplir su obligación internacional adoptando alguno de los regímenes (hablar en singular de “un régimen” se nos hace simplista e impreciso) de derechos de autor que conocemos hoy en día, pero pueden también implementar otro régimen diferente (siempre y cuando queden *efectivamente* protegidos los intereses morales y materiales de los autores). Esto nos pone en evidencia que los regímenes actuales de derechos de autor (como el vigente en México) son una forma en que los estados pueden implementar su obligación de proteger los intereses económicos y morales de los autores, lo cual *no contraviene el PIDESC*, en principio³⁴⁷.

De hecho, el propio comité señala que el PIDESC

no impide en modo alguno a los Estados Partes adoptar unas normas más elevadas de protección en los tratados internacionales sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores o en la legislación nacional, siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto³⁴⁸.

Esto es plenamente coincidente con la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de optimización³⁴⁹, en tanto los intereses morales y económicos de los autores deben protegerse *en la mayor medida de lo posible*, y su único freno serán otros mandatos de optimización que en algunos casos lleguen a contraponerse (como la educación o el acceso a la cultura). Además, el Comité DESC reconoce que los tratados y

³⁴⁵ Párrafo 10 de la observación general.

³⁴⁶ En este sentido, *cfr.* Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 369.

De igual forma, Dutfield y Suthersanen explican que la no exigencia de modalidades particulares de protección a los autores, es la interpretación tradicional que se ha hecho del a. 15 del PIDESC. *Cfr.* Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 218.

³⁴⁷ Como bien dice Morten, la observación general acepta que el PIDESC sea implementado por sistemas estándar de propiedad intelectual. *Cfr.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 331, p. 58,

³⁴⁸ Párrafo 11 de la observación general.

³⁴⁹ Remitimos al lector a lo ya expuesto en apartado 3.1 del capítulo primero respecto de los mandatos de optimización.

leyes nacionales sobre derechos de autor son las normas en las que, precisamente, se prevé la protección de los intereses morales y económicos de los autores.

Aquí encontramos un *vínculo directo* entre el a. 15.1.c del PIDESC y la normatividad en materia de derechos de autor: la segunda es una de las maneras en que los estados han implementado su obligación internacional de carácter iusfundamental de proteger los intereses de los autores sobre sus obras.

Inclusive, cuando en el año 2009 el comité emitió su observación general número 20 (relativa a la no discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales)³⁵⁰, afirmó que en la observación general 17 analizó la prohibición de discriminación *en relación con los derechos de autor*³⁵¹, lo que nos demuestra que, en la visión de este órgano, la protección derivada del a. 15 del PIDESC se concretiza, principalmente, regulando los derechos de autor.

Regresando a lo señalado por el comité en la observación general 17, este organismo determina el alcance de los “intereses morales” que deben ser protegidos. Luego de reconocer que el propósito de los redactores del a. 27.2 de la DUDH era “proclamar el carácter intrínsecamente personal de toda creación de la mente humana y la consiguiente relación duradera entre el creador y su creación”, el comité establece que los intereses morales a los que se refiere el PIDESC, comprenden el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus obras y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones y modificaciones a sus producciones, citando el a. 6 Bis del Convenio de Berna³⁵².

Sobre este particular, el documento indica:

El Comité destaca la importancia de reconocer el valor de las producciones científicas, literarias y artísticas como expresiones de la personalidad de su creador y observa que la protección de los intereses morales figura, aunque en distinta medida, en la mayor parte de los Estados, independiente del sistema jurídico vigente³⁵³.

De nueva cuenta, se puede apreciar una relación directa entre el PIDESC y las leyes de derechos de autor de los países; en este caso, respecto de los derechos morales. Además, se aprecia influencia de la filosofía humanista de los derechos de autor (“naturalista” o de “derecho natural”, dirían algunos) en las observaciones del comité. Así, aunque la observación general 17 inicia con una fuerte carga utilitarista, posteriormente va introduciendo una visión más humanística sobre los derechos de autor.

Por lo que se refiere a los “intereses materiales” de los autores, el Comité DESC inicia destacando su estrecha vinculación con otro derecho fundamental: el derecho a la propiedad; asimismo hace referencia a los derechos de los trabajadores a una remuneración adecuada. Estos intereses materiales de los autores no guardan –a decir del comité– una relación directa con la personalidad del creador, “sino que constituyen un requisito para el goce del derecho a un nivel de vida adecuado”³⁵⁴.

Tal objetivo de que los autores tengan un nivel de vida adecuado, se puede cumplir “mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del derecho

³⁵⁰ Documento E/C.12/GC/20, fechado el 2 de julio de 2009.

³⁵¹ Párrafo 6 de esa observación general 20.

³⁵² Párrafos 12 y 13 de la observación general 17.

³⁵³ Párrafo 14.

³⁵⁴ Párrafo 15.

exclusivo a explotar su producción científica, literaria o artística”³⁵⁵.

Lo anterior resulta muy importante, pues queda claro que la obligación internacional de proteger los intereses económicos de los autores puede lograrse mediante el otorgamiento de derechos *exclusivos* sobre las obras, es decir, a través de lo que conocemos como *derechos de explotación*. Esto nos refuerza el vínculo directo entre el PIDESC y las legislaciones autorales, y entre los derechos de autor (concretamente los derechos de explotación) y el derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras.

De ahí que los derechos de explotación encuentren sustento y razón de ser en el derecho fundamental previsto en el a. 15.1.c del PIDESC, ya que es una de las maneras en que un país puede proteger los intereses materiales de los autores y cumplir con sus obligaciones iusfundamentales derivadas de tal tratado.

Sin embargo, la concesión de derechos de explotación no es la única vía con que cuentan los estados para proteger los intereses materiales de los autores, pues el Comité DESC también reconoce la posibilidad de “pagos únicos”. Esto nos abre la puerta a otro tipo de derechos de autor: los *derechos de remuneración* (también existentes hoy en día, pero con menor impacto que los derechos de explotación). Por lo tanto, el PIDESC no descarta la posibilidad de sistemas que regulen únicamente derechos de remuneración³⁵⁶, ni de sistemas mixtos (donde se conjunten derechos de explotación y de remuneración).

Asimismo, los “pagos únicos” pueden derivar en sistemas que no existan derechos de autor de contenido económico, por ejemplo, procurando los intereses materiales de los autores a través de becas estatales, pensiones a los autores, entregas periódicas de despensas y medicinas a los creadores, etc., lo cual también cumpliría con el PIDESC, siempre y cuando aseguren un nivel digno de vida³⁵⁷.

Bien afirma Chapman, al interpretar el a. 15.1.c del PIDESC, que: “While the Covenant requires all States parties to provide some form of intellectual property protection, it offers wide latitude regarding the manner in which this is done”³⁵⁸. En el mismo tenor indica Torremans que: “a lot of freedom is left to Contracting States in relation to the exact legal format of that protection”³⁵⁹. Mientras que Geiger explica:

³⁵⁵ Párrafo 16.

³⁵⁶ Un sistema de este tipo ha sido propuesto y desarrollado teóricamente por William Fisher, profesor de la Universidad de Harvard. *Cfr.* Fisher III, William W, *Promises to keep. Technology, law, and the future of entertainment*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 199 y ss.

Una propuesta similar puede encontrarse en Netanel, Neil Weinstock, “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, pp. 31 y ss.

También pueden encontrarse referencias a un sistema de derechos de remuneración por uso de música en Internet, en Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 104, p. 21.

Ideas sugerentes sobre el tema pueden encontrarse en Zimmerman, Diane Leenheer, “Authorship without ownership: reconsidering incentives in a digital age”, *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano 2003, pp. 1121 y ss.

Un sistema de esta clase propone Delia Lipszyc, no para los derechos de autor, pero sí para la protección al folclore. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 19, p. 104.

³⁵⁷ En este sentido, Austin y Zavidow destacan que la observación general 17 no precisa las fuentes de las cantidades destinadas a asegurar los ingresos de los autores. *Cfr.* Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 104, p. 30.

³⁵⁸ Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 76, p. 15.

³⁵⁹ Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 8.

Igualmente, *vid.* Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 139; y Wong, Mary W.S., nota 107, p. 813.

It is important to emphasize that neither the UDHR nor the ICESCR determine that the material and immaterial interests of the creator should be protected by the way of a *property right*. That means that within the scope of these conventions, other means of protection can certainly be envisaged by the legislators. These two texts this leave countries a great room to manoeuvre, while at the same time guaranteeing creators a just remuneration for their work, which makes these judicial instruments particularly modern and flexible means to embed the matter³⁶⁰ (énfasis en el original).

El que los estados tengan libertad para configurar el tipo de protección a los autores, nunca ha sido un aspecto controvertido, como apuntan Dutfield y Suthersanen, pues históricamente los países han realizado esto a través de diversos regímenes de protección³⁶¹.

En cuanto al tópico de la duración, el Comité DESC indica que el “período de protección de los intereses materiales en virtud del apartado c) de párrafo 1 del artículo 15 no debe por fuerza abarcar toda la vida del creador”³⁶².

Si bien el comité no descarta la situación hoy prevaleciente (en la que los derechos de explotación duran toda la vida del autor y un cierto número de años *post mortem*), abre la posibilidad a que la protección sea inferior a la vida del autor.

Creemos que esta visión es una consecuencia de la lamentable tendencia de aumentar desproporcionadamente los plazos *post mortem* de duración del derecho de explotación³⁶³. Sin embargo, cabe hacernos unas preguntas: si la protección de los intereses materiales de los autores deriva directamente del derecho a un nivel de vida adecuado, ¿por qué esta limitación temporal a tal protección durante la vida del autor? ¿qué no los autores tienen derecho a un nivel de vida adecuado durante, valga la redundancia, toda su vida? ¿por qué privar a los autores en su tercera edad de los beneficios económicos de las obras que crearon en su etapa productiva? ¿por qué permitir una limitación de este tipo a la única fuente de ingresos de un buen número de autores profesionales? Son sólo algunas cuestiones que dejamos para la reflexión, y en las que no nos detendremos, pues nos desviarían del propósito del presente capítulo, pero que nos inclinan a pensar que la afirmación del comité respecto a la duración no fue muy afortunada y que, incluso, podrían ser contrarias a los derechos fundamentales de los adultos mayores.

Por su parte, Fiona Macmillan coincide en que ni el PIDESC, ni la DUDH, exigen necesariamente una protección de la propiedad intelectual en los términos que prevalece hoy en día. *Cfr.* Macmillan, Fiona, “Human rights, cultural property and intellectual property” en Burri-Nenova, Mira, y Graber, Christoph Beat (coords.), *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 77.

En el mismo sentido, *cfr.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 331, p. 58.

³⁶⁰ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 141, p. 112.

Del mismo autor, también *cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, pp. 31 y 32.

³⁶¹ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 219.

³⁶² Párrafo 16 de la observación general.

³⁶³ En México, mediante reformas a la LFDA publicadas el 23 de julio de 2003 en el DOF, se aumentó la duración de los derechos de explotación a toda la vida del autor más 100 años después de su muerte, cuando antes el número de años *post mortem auctoris* era de 75.

A nivel mundial es muy conocida la *Copyright Term Extension Act* de 1998 de EUA (también llamada *Sonny Bono Term Extension Act*), que aumentó en este país el número de años *post mortem auctoris* del *copyright* para llegar a 70 (antes eran 50 años). La Suprema Corte de justicia de ese país estimó como constitucional esa ley en el polémico caso *Eldred v. Ashcroft*.

Una vez explicado el alcance del derecho fundamental en estudio, pasemos a ver qué dice el comité respecto de sus restricciones.

5.6.4.- Restricciones al derecho.

El Comité DESC indica que el derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras “está sujeto a limitaciones y debe equilibrarse con los demás derechos reconocidos en el Pacto”; tales restricciones han de “ser compatibles con la naturaleza de esos derechos, perseguir fines legítimos y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática”, además de que deben ser determinadas por ley³⁶⁴.

Se aprecia que aquí están aflorando nociones como las que ya vimos en el capítulo primero al estudiar el principio de proporcionalidad, y en particular, la ponderación. Inclusive, el propio comité establece que “las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse”³⁶⁵. Lo que nos vuelve a demostrar el mandato de optimización respecto de este derecho fundamental, pues se deben proteger los intereses morales y económicos de los autores en la mayor medida de lo posible, según las posibilidades (jurídicas, en este caso), y nunca sin afectar el núcleo esencial³⁶⁶ de los derechos de los autores³⁶⁷.

Un aspecto que nos llama la atención, es que el comité señala que la “imposición de limitaciones puede por tanto, en determinadas circunstancias, requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada”³⁶⁸. Sin profundizar sobre el particular, el comité parece estar respaldando derechos de simple remuneración derivados de restricciones al derecho de explotación (las llamadas “licencias legales”)³⁶⁹; un ejemplo sería el derecho conocido como “de remuneración compensatoria por copia privada”, que permite cobrar ciertas cantidades de dinero como contrapartida a una restricción que el

³⁶⁴ Párrafo 22 de la observación general.

Austin y Zavidow puntualizan que este es un parámetro diferente a la regla de los tres pasos. *Cfr.* Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 104, p. 19.

En igual sentido, Wong, Mary W.S., nota 107, p. 814.

Sobre la regla de los tres pasos profundizamos en el siguiente capítulo, mientras que en capítulo quinto la contrastamos con otros criterios de restricción (como el principio de proporcionalidad y, concretamente, la ponderación), más acordes con las exigencias de los derechos fundamentales

³⁶⁵ Párrafo 23 de la observación general.

Cfr. el apartado 5 del capítulo primero de la presente investigación para más datos sobre el principio de proporcionalidad en general, y el apartado 5.2.2 para el subprincipio de necesidad en particular (regla de intervención mínima o elección del medio más benigno).

³⁶⁶ Respecto de la garantía del contenido esencial, *cfr.* el apartado 6.4 del capítulo primero de este trabajo.

³⁶⁷ Sobre esta cuestión, Wong opina: “These statements suggest that restrictions on an author’s exclusive rights are permissible so long as they do not encroach on the personal link between the author, her creation and the necessary exploitation of such creations which assure that author’s ability to lead an autonomous life”. Wong, Mary W.S., nota 107, p. 814.

³⁶⁸ Párrafo 24 de la observación general.

³⁶⁹ De hecho, Cullet estima que estas consideraciones del comité han sido tomadas directamente de los regímenes existentes en materia de propiedad intelectual. *Cfr.* Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

Para una explicación más amplia de las licencias legales, remitimos al lector al capítulo cuarto de la presente investigación.

legislador hace a la facultad exclusiva de reproducción³⁷⁰.

Posteriormente, el comité considera que el derecho fundamental en estudio no es independiente del resto de los derechos reconocidos en el PIDESC, por lo que los estados “tienen la obligación de lograr un equilibrio” entre ese derecho y los demás previstos en ese tratado³⁷¹. Por lo tanto, “no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones”³⁷².

En este sentido, Sundara nos explica que:

The question of protection versus access to intellectual works in the human rights documents seems like a restatement of the classic intellectual property problem of balancing the potentially contradictory principles of creation and use³⁷³.

Muchas de estas ideas las retomaremos en el capítulo quinto.

En otro orden de ideas Xavier Seuba muestra su preocupación de que la observación general 17 sirva para reforzar la tendencia del crecimiento desmedido de la propiedad intelectual y para afectar otros derechos humanos que están contrapuestos³⁷⁴. Además de que dicha opinión va a contrapelo de la mayoritaria (que considera que el plantear el debate en términos de derechos fundamentales sirve para frenar esa tendencia y restablecer el equilibrio)³⁷⁵, parece obviar el texto y espíritu mismo de la observación general 17, que expresamente habla de la obligación de los estados de llegar a un equilibrio y no privilegiar los intereses privados a costa de los intereses públicos. De hecho, como demostramos en el capítulo quinto de la presente investigación, el principio de proporcionalidad es una útil herramienta para lograr tal equilibrio y el máximo respeto posible a *todos* los derechos fundamentales involucrados.

5.6.5.- Condiciones de aplicación del a. 15.1.c del PIDESC.

El comité establece dos condiciones esenciales de aplicación del a. 15.1.c del PIDESC: la disponibilidad y la accesibilidad³⁷⁶.

La condición de *disponibilidad* significa que los estados parte del PIDESC deben disponer de una legislación y reglamentación adecuadas para proteger los intereses morales y materiales de los autores, así como toda clase de recursos judiciales, administrativos y demás apropiados para lograr ese fin.

La *accesibilidad* implica tener acceso a esos recursos judiciales y administrativos, entre otros. Esa accesibilidad se debe dar en cuatro campos, a saber:

³⁷⁰ Un análisis más detallado de este derecho puede encontrarse en el apartado 8.2.4 del capítulo cuarto de la presente investigación.

³⁷¹ Sobre esto, *vid.* Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 183, p. 20.

³⁷² Por todo, *vid.* párrafo 35 de la observación general.

De ahí que Garzón afirme que se “ha querido poner de relieve el carácter complementario que tiene el ejercicio de los derechos individuales del creador con el derecho que tiene el conjunto de los hombres, es decir, la sociedad, a acceder a la educación y a la cultura”. Garzón, Álvaro, *op. cit.*, nota 216, p. 39.

³⁷³ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 324, p. 215.

³⁷⁴ Seuba, Xavier, *op. cit.*, nota 315, pp. 8 y 14.

³⁷⁵ Como ejemplo, *vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 30; y Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 152, p. 36.

³⁷⁶ Párrafo 18 de la observación general.

- **Accesibilidad física.**- Los tribunales nacionales y organismos encargados de protección a los autores deben estar a disposición de todos los estratos de la sociedad, incluyendo autores con discapacidades.

-**Accesibilidad económica (asequibilidad).**- El acceso a los mencionados recursos debe ser asequible, económicamente hablando, incluso para grupos desfavorecidos o marginados. Indicando el comité:

Por ejemplo, cuando un Estado decide cumplir los requisitos del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 mediante formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual, los gastos administrativos y judiciales conexos deben basarse en el principio de equidad y debe garantizarse que esos recursos sean asequibles a todos³⁷⁷.

Tal afirmación, además, nos reitera que los estados pueden implementar el a. 15.1.c del PIDESC mediante “formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual”, es decir, mediante derechos de autor³⁷⁸. De nueva cuenta, se reitera la adhesión del Comité DESC al modelo de compatibilidad.

-**Accesibilidad a la información.**- El comité la define como el derecho a buscar, recibir y difundir información sobre la estructura y funcionamiento del régimen jurídico para la protección de los intereses de los autores. La información debe estar disponible en los idiomas de las minorías lingüísticas y de los pueblos indígenas.

- **Calidad de protección.**- Los procedimientos de protección a los intereses morales y materiales de los autores deben administrarse en forma competente y expedita por jueces y otras autoridades competentes.

5.6.6.- *Obligaciones de los estados parte.*

El comité empieza indicando que las obligaciones que se derivan del a. 15.1.c del PIDESC *tienen un efecto inmediato*. Reconoce la progresividad del respectivo derecho fundamental, en el sentido de que los estados tienen la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles a la plena aplicación del derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras. Además, determina que hay una presunción “de que no es permisible adoptar medidas regresivas en relación con el derecho a la protección de los intereses morales y materiales del autor”, y si se adoptan medidas de ese tipo, el Estado tiene la carga de acreditar que tal medida está justificada en relación con la totalidad de derechos del PIDESC y sólo después de haber hecho un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles³⁷⁹.

Siguiendo los cánones en materia de derechos sociales³⁸⁰, el Comité DESC establece

³⁷⁷ Párrafo 18, inciso ii).

³⁷⁸ De ahí que Helfer explique que las obligaciones derivadas del a. 15.1.c del PIDESC se traslapan con el Convenio de Berna, principalmente con las cláusulas relativas a la facultad de reproducción y a los derechos morales. *Vid.* Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 94, p. 991.

³⁷⁹ *Vid.*, por todo, los párrafos 25 a 27 de la observación general en glosa.

³⁸⁰ *Cfr. supra* el apartado 4 del capítulo primero del presente estudio.

tres tipos de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir.

En este sentido, la obligación de *respetar* el derecho fundamental de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, que tienen los estados, implica que estos se abstengan de violar el derecho de los autores a ser reconocidos como creadores de sus producciones, y a oponerse las deformaciones, mutilaciones y modificaciones de sus producciones; asimismo, los estados “deben abstenerse de interferir injustificadamente en los intereses materiales de los autores, que son necesarios para que los autores puedan gozar de un nivel de vida adecuado”³⁸¹.

La obligación de *proteger* implica, según el comité, que los estados aseguren la protección de los intereses morales y materiales de los autores frente a infracciones cometidas por terceros. Especialmente, los estados deben impedir que terceros infrinjan el derecho de los autores a reivindicar la autoría sobre sus obras y a que no se alteren sus creaciones, así como impedir que terceros menoscaben los intereses materiales de los autores sobre sus producciones.

Para ello, los Estados deben impedir el uso no autorizado de producciones científicas, literarias o artísticas fácilmente accesibles o reproducibles con tecnologías modernas de comunicación o reproducción, por ejemplo estableciendo sistemas de administración colectiva de los derechos de los autores, o aprobando leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a sus producciones y ofrecerles una remuneración adecuada. Los Estados deben velar por que los autores reciban una indemnización adecuada de terceros por los perjuicios irrazonables que hayan sufrido como consecuencia del uso no autorizado de sus producciones³⁸².

Llama la atención la preocupación que causa en el Comité DESC la facilidad con que las nuevas tecnologías pueden mermar los intereses económicos de los autores, así como su inclinación a prohibir “usos *no autorizados*” (lo que implica un sistema de derechos de explotación³⁸³, recomendando incluso su gestión colectiva³⁸⁴, como sucede actualmente en la mayoría de legislaciones autorales³⁸⁵), aunque también menciona un sistema controlado de derechos de remuneración. Lo que sí queda claro, es que *sería contrario al PIDESC el uso no remunerado de obras*. Si no se retribuye a los autores por el uso de sus obras, se está afectando su derecho fundamental a que se protejan sus intereses materiales sobre sus producciones.

Asimismo, al imponerse a los estados la obligación de impedir usos no autorizados, esto significa que deben tener expedita la realización de medidas cautelares de cesación de

Vid., también, Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 71, p. 12; y el documento intitulado *Economic, social and cultural rights. Handbook for national human rights institutions*, Ginebra, ONU, 2005, pp. 15 a 20.

³⁸¹ Párrafo 30 de la observación general.

³⁸² Párrafo 31.

³⁸³ Como bien afirma Cullet, esta afirmación del comité refleja una inclinación por un modelo de derechos monopolísticos. Cfr. Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

³⁸⁴ De hecho, Austin y Zavidow afirman que la gestión colectiva de derechos podría ser una exigencia de los derechos humanos, explicando que: “given the prohibitive transactions costs associated with individualized enforcement of copyrights, efficient and fair collective rights management may be the only realistic way to secure author’s right to derive income from their work”. Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 104, p. 30.

Mientras que Villalba afirma que “el nivel de protección de los derechos de autor no resiste la ausencia de sociedades de autores por muy alto que sea el nivel de la legislación interna e internacional”. Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 91, p. 156.

³⁸⁵ En México, la gestión colectiva de derechos de autor está regulada por el título IX de la LFDA.

los hechos presumiblemente ilícitos (*injunctions*); mientras que la referencia a la indemnización adecuada, es una clara alusión a la acción de daños y perjuicios³⁸⁶.

Por lo que se refiere a la obligación de *cumplir*, el Comité DESC indica que esta se traduce en lo siguiente³⁸⁷:

- Que los estados prevean procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole, que sean adecuados para que los autores defiendan sus intereses materiales y morales;
- Que los estados faciliten la formación de asociaciones profesionales y de otra índole que representen los intereses de los autores (incluyendo los desfavorecidos o marginados), adoptando medidas positivas financieras o de otra índole;
- Que los estados garanticen que los autores participen en la gestión de asuntos públicos y en todo proceso relevante de toma de decisiones que repercutan en sus derechos o intereses.

5.6.7.- Obligaciones básicas.

Explica el comité que los estados están obligados a satisfacer los niveles mínimos de los derechos mencionados en el PIDESC, lo que lo lleva a concluir que el a. 15.1.c de ese tratado establece un mínimo de obligaciones básicas, mismas que son de efecto inmediato y consisten en lo siguiente:

- Adopción de *medidas legislativas* (y de otra índole) necesarias para asegurar una efectiva protección de los intereses económicos y morales de los autores;
- Proteger el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones, y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones o modificaciones a las mismas o a cualquier atentado contra ellas, que perjudique su honor o reputación;
- Respetar y proteger los intereses materiales básicos de los autores que les correspondan sobre sus obras, que les signifiquen *como mínimo* un nivel de vida adecuado;
- Garantizar a los autores (especialmente vulnerables y marginados) el acceso igualitario a los procedimientos adecuados, que les permitan obtener una reparación en caso de que no se hayan respetado sus intereses morales y materiales;
- Lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger efectivamente los intereses morales y económicos de los autores y otros derechos del PIDESC, como los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

En otras palabras, dichas obligaciones mínimas son:

³⁸⁶ Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 94, p. 991.

³⁸⁷ Párrafo 34 de la observación general.

- Expedir leyes (y otros ordenamientos) para la protección de los autores (estando permitido lo que el comité llama “sistema tradicional de propiedad intelectual”). En el caso de México, tenemos la LFDA y su reglamento, así como sus leyes supletorias;
- Proteger las facultades morales de paternidad e integridad, por lo menos. Esto se cumple en México con las fr. II, III y IV del a. 21 de la LFDA;
- Dar elementos para que los autores obtengan ingresos económicos derivados de sus obras para que tengan un nivel de vida adecuado (como vimos, aquí el Comité DESC da varias opciones: establecer derechos exclusivos –que permitan controlar los usos no autorizados de las obras– o sistemas de pagos únicos –por ejemplo, sistemas controlados de derechos de remuneración o cualquier otra clase de sistema en donde se retribuya económicamente al autor–). México, como la práctica totalidad de los países, ha optado por un sistema basado en los derechos de explotación (aa. 24 y 27 de la LFDA), aunque también contempla algunos derechos de remuneración (aa. 26 Bis y 92 Bis de la ley autoral);
- Establecimiento de autoridades y vías para reclamar las violaciones a los derechos de los autores. En nuestro país la LFDA establece un sistema procesal mixto³⁸⁸ en el que se pueden acudir a procedimientos civiles, penales y administrativos, además de interesantes mecanismos de solución alternativa de disputas como el arbitraje y la avenencia³⁸⁹;
- Que la protección a los autores no menoscabe injustificadamente otros derechos fundamentales. Esto se suele hacer mediante la implantación de un sistema de restricciones a los derechos de explotación³⁹⁰, así como con otros mecanismos (no protección de las ideas, agotamiento de la facultad de distribución, licencias obligatorias, etc.), mismos que se contemplan en la LFDA. Esto nos muestra la importancia del objeto de la presente investigación, pues el tema de las restricciones al derecho de explotación es clave para una imperante armonía entre los derechos fundamentales que aplican en el ámbito cultural; de ahí que sea necesario someter a análisis el sistema de restricciones. Por otro lado, en el caso de los sistemas que estuvieran integrados sólo por derechos de remuneración o por otro tipo de pagos únicos (es decir, en los que no haya derechos de explotación), consideramos que esta obligación se traduciría en que los pagos no sean excesivamente gravosos y que, en algunos casos excepcionales, hubiera liberación del pago.

³⁸⁸ Rangel Medina, David, “Aspectos relevantes de la nueva ley autoral mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLVIII, núms. 219-220, mayo-agosto 1998, p. 226.

³⁸⁹ Sin embargo, hay que decir que este es el punto más débil en el sistema mexicano de protección los intereses de los autores, pues al igual que en otras materias, la justicia aquí deja mucho que desear.

³⁹⁰ Torremans indica que una de las formas en que se equilibra a los derechos de autor con otros intereses, es mediante limitaciones y excepciones a las reglas sobre la violación a los derechos de autor. *Cfr.* Torremans, Paul L.C., nota 232, p. 11.

Mientras que el jurista brasileño, Eduardo Pimenta, explica que las restricciones a los derechos de autor son el instrumento con el que el legislador busca equilibrar los intereses privados del autor y los intereses públicos de la colectividad. *Cfr.* Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 49, p. 82.

6.- Opinión personal.

Una vez revisados los instrumentos jurídicos relevantes, así como el contexto del debate y las principales ideas que intentan justificar que los derechos de autor son derechos fundamentales, procederemos a formular nuestra opinión sobre este punto, y de esta manera contestar la pregunta planteada en el título del presente capítulo.

Para esto, recogeremos varias de las cosas señaladas en los apartados previos (en particular el análisis del Comité DESC, así como los textos constitucionales y los instrumentos internacionales estudiados), y nos serviremos de las teorías de los derechos fundamentales elaboradas por Luigi Ferrajoli y Robert Alexy para procesar esta información. Lo anterior en tanto la primera teoría nos dará los elementos claves para responder a la cuestión planteada, mientras que la segunda nos ilustrará sobre los efectos jurídicos que esa respuesta trae aparejada en el mundo de los derechos de autor³⁹¹. Ambas teorías fueron expuestas en el capítulo primero de la presente investigación, por lo que remitimos ahí al lector para una visión más completa de ellas.

Así las cosas, en el presente apartado pretendemos demostrar dos puntos: *a)* que los derechos de explotación de autor no son derechos fundamentales, pero que existe un derecho fundamental a la protección de los autores; y *b)* que hay una estrecha relación entre ese derecho fundamental y los derechos de autor.

³⁹¹ Esta elección atiende, además, a la importancia que el pensamiento de dichos académicos tiene, en general, en el mundo de los derechos fundamentales, y, en particular, en la jurisdicción constitucional latinoamericana (tendencia a la que se está incorporando México). Sobre esto, *cfr.* Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto” en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / IIJ-UNAM, 2007, p. 11.

En este sentido, Mathews y Sweet afirman que, probablemente, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy es el libro más importante e influyente de teoría constitucional de los últimos 50 años. *Cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, p. 93.

En la misma tónica sobre la importancia del pensamiento de Alexy, *vid.* Kumm, Mattias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement” en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 132.

Por lo que hace a las ideas de Ferrajoli, Carbonell indica: “Estamos frente a uno de los teóricos más importantes de Europa y, con toda probabilidad, uno de los más importantes del mundo”. Carbonell, Miguel, “Presentación. La teoría garantista de Luigi Ferrajoli” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México, trad. Marina Gascón, FD-UNAM, 2006, p. 9.

E incluso, con relación a México, Carbonell refiere que Ferrajoli es de los autores que más huella ha dejado en nuestra SCJN en los últimos tiempos. *Vid.* Carbonell, Miguel, “Ponencia introductoria a la mesa de derechos fundamentales”, videoconferencia del *Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina*, México, 18 de marzo de 2009, IIJ-UNAM, consultable en la videoteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=33&t=4&m=303&p=143&mx=1>

Mientras que De Cabo y Pisarello, valorando la envergadura intelectual del Ferrajoli y su aportación, la han equiparado a la hecha por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*. *Cfr.* De Cabo, Antonio, y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 9 y 10.

6.1.- El derecho a la protección jurídico-autoral como derecho fundamental.

De la revisión que hicimos de las posturas que abogan por considerar a los derechos de autor como derechos fundamentales, nos percatamos que incurren en una confusión entre dos cosas que, a nuestro entender, son diversas: por un lado los derechos concretos que tienen los autores sobre sus obras, y por otro lado, el derecho fundamental de toda persona a que se le proteja en caso de que llegue a crear una obra. Para lograr una mayor claridad en la exposición, a este último derecho lo llamaremos “derecho a la protección jurídico-autoral”³⁹².

Entonces, es importante distinguir entre el *derecho a la protección jurídico-autoral* y los *derechos de autor*, en tanto sólo el primero tendrá el estatus de derecho fundamental (y todo lo que eso acarrea). Para poder realizar esa distinción es importante que, previamente, dejemos asentado el por qué el derecho a la protección jurídico-autoral es un derecho fundamental.

Iniciemos, entonces, analizando si el derecho a la protección jurídico-autoral (previsto en la DUDH y el PIDESC, entre otros instrumentos) puede ser considerado un derecho fundamental a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli.

Como se explicó en su oportunidad³⁹³, Ferrajoli indica que

son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas³⁹⁴.

Veamos si el derecho a la protección jurídico-autoral cumple con esas condiciones para poder ser considerado un derecho fundamental.

En primer lugar, está el requisito de la *adscripción del derecho fundamental por una norma jurídica positiva*. Lo que llamamos derecho a la protección jurídico-autoral cumple con tal requerimiento pues, como vimos previamente en este capítulo, existen tratados y declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales que consagran este derecho a la protección con motivo de la creación intelectual; de igual forma, varias constituciones nacionales, con diversos alcances y enfoques, otorgan un derecho a tal protección. Así, existen disposiciones iusfundamentales de las que se desprende la norma positiva de derecho fundamental.

Aterrizando estas ideas en el orden jurídico mexicano, podemos concluir que existen normas de derecho interno que contemplan el derecho fundamental a la protección jurídico-

³⁹² Esta expresión es mucho más concisa y fácil de usar que el término “derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, utilizado por los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, e incluso que algunas otras denominaciones propuestas por la doctrina, como la expresión “derecho a la protección de los intereses en las creaciones intelectuales”, propuesta por Yu. Cfr. Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1043.

³⁹³ Vid. el apartado 2.2 del capítulo primero de la presente obra.

³⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Trotta, 2002, p. 37.

autoral, toda vez que el PIDESC y el Protocolo de San Salvador están incorporados al derecho mexicano por el procedimiento previsto en el a. 133 constitucional, por lo que son ley suprema de nuestro país³⁹⁵. Más problemática es la cuestión de si podemos desprender del noveno párrafo del a. 28 constitucional una norma que adscriba el derecho a la protección jurídico-autoral en México; esto en virtud de que el texto normativo sólo se refiere a los derechos de los autores como una excepción al principio constitucional de libre concurrencia, más nunca señala expresamente que debe protegerse a todo aquel que cree una obra. Empero, una reinterpretación de ese artículo (en especial vinculada con el a. 1° de nuestra Ley Suprema) nos podría llevar a concluir que hay un mandato *implícito* de protección a los autores, es decir, una norma iusfundamental adscrita³⁹⁶, ya que si dicha protección autoral es tan importante como para que el constituyente la haya establecido como una excepción a la libre concurrencia, no se concibe que no exista un deber constitucional de dar tal protección³⁹⁷; aunque desde luego, esto no nos lleva inmediatamente a derivar la existencia de un *derecho fundamental* del deber jurídico implícito en el a. 28. No desarrollaremos aquí una argumentación intentando demostrar que de tal disposición se puede desprender el referido derecho fundamental, pues por el momento nos bastan los aa. 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador para probar que en México existe el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral (con independencia de cuáles sean sus garantías y su jerarquía normativa, cuestión que abordaremos en el último capítulo).

En segundo lugar, de la definición de Ferrajoli se desprende el requisito de que tal *adscripción que haga la norma jurídica sea “universal”*, ya sea como consecuencia del estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar. El derecho a la protección jurídico-autoral satisface sin mayor problema ese requisito, pues el PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen ese derecho “a toda persona”, como generalmente lo suelen hacer también las constituciones nacionales que contemplan ese derecho.

En el caso de México, esa universalidad se desprende de los propios tratados incorporados al derecho nacional e, incluso, si se acepta la tesis de que del a. 28 constitucional se desprende un derecho fundamental, la universalidad vendría de la mano del a. 1° de la Constitución, que concede derechos fundamentales a toda persona.

De esta característica de universalidad, Ferrajoli desprende la nota de *indisponibilidad* de los derechos fundamentales, destacando “su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares”³⁹⁸. La indisponibilidad del derecho a la protección jurídico-autoral está expresamente prevista en el PIDESC³⁹⁹ y en el Protocolo de San Salvador⁴⁰⁰, así como en las constituciones nacionales que lo prevén. Incluso, si se llegase a la conclusión de que la Constitución

³⁹⁵ No trataremos aquí la cuestión de la jerarquía que a nivel interno tienen esos tratados en México, pues tal cuestión será abordada en el último capítulo de la presente investigación. Tampoco nos ocuparemos en esta oportunidad sobre si dichos tratados forman o no parte de un “bloque de constitucionalidad”.

³⁹⁶ Para más datos sobre este tipo de normas, remitimos a la explicación que hicimos de Alexy en el apartado 2.3 del capítulo primero de la presente investigación.

³⁹⁷ De hecho, esta es la postura tomada por el Pleno de nuestra SCJN, cuando al interpretar el a. 28 constitucional, concluye: “La Constitución, en tal sentido, ha sentado las bases para proteger, respetar y fomentar los intereses morales y materiales que correspondan a las personas por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas” (contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, p. 17).

³⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 131, p. 292.

³⁹⁹ *Cfr.* sus aa. 4° y 5°.

⁴⁰⁰ *Cfr.*, asimismo, sus respectivos aa. 4° y 5°.

mexicana contempla ese derecho, su indisponibilidad se desprendería de los aa. 1 y 29 constitucionales.

Y en tercer lugar, Ferrajoli nos indica que el derecho *debe ser un derecho subjetivo*, es decir, una expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones). Esto, desde luego, se cumple en el caso del derecho a la protección jurídico-autoral, pues como se deriva de la ya estudiada observación general 17 del Comité DESC, este derecho impone a los estados una obligación de no lesión (expectativa negativa del titular del derecho), pero sobre todo de realizar ciertas actividades o prestaciones (expectativa positiva del titular del derecho)⁴⁰¹. Las expectativas positivas y negativas que se derivan del derecho a la protección jurídico-autoral, las referimos con mayor atención en el apartado 6.3 del presente capítulo.

Por lo tanto, se concluye que el derecho a la protección jurídico-autoral es un derecho fundamental a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli.

A la misma conclusión se llega a través de la teoría de Robert Alexy, la cual fue también expuesta en el capítulo primero del presente estudio. Efectivamente, como en su oportunidad se explicó⁴⁰², Alexy indica que derecho fundamental como un todo (*Grundrecht als Ganzes*) es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas en forma recíproca y adscritas a una disposición iusfundamental⁴⁰³.

En primer lugar, comencemos por ubicar las disposiciones de derecho fundamental relativas al derecho a la protección jurídico-autoral. En este caso tenemos, como ya se dijo, a los artículos relativos del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, así como a varios artículos de constituciones nacionales que prevén la protección a los autores, en tanto cumplen los requisitos formales para ser consideradas como *disposiciones iusfundamentales* (ya que se trata de artículos cuya finalidad expresa es regular derechos fundamentales)⁴⁰⁴. De esas disposiciones se desprenden interpretativamente *normas de derecho fundamental* que establecen el derecho a la protección jurídico-autoral.

En el caso del orden jurídico interno mexicano, las normas iusfundamentales que se desprenden del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, son *normas directamente estatuidas*, en tanto hay una “traducción inmediata” de la disposición iusfundamental. En el caso de que consideráramos que del a. 28 constitucional se puede extraer el derecho a la protección jurídico-autoral, encontraríamos una *norma adscrita*, pues se derivaría de una fundamentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas⁴⁰⁵ (en este caso, la norma directamente estatuida sería una restricción constitucional a la libre concurrencia).

En segundo lugar, si bien Alexy se refiere a un sistema mixto de normas iusfundamentales, en tanto concurren principios y reglas, podemos destacar que los aa. 15

⁴⁰¹ Como vimos en el apartado 4 del primer capítulo de la presente investigación, los derechos fundamentales no son absolutamente de prestación o de abstención, sino que implican un haz de facultades, tanto de carácter negativo como positivo.

⁴⁰² *Supra* apartado 2.3 del capítulo primero.

⁴⁰³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 244.

⁴⁰⁴ Como indicamos en la nota al pie número 108 del primer capítulo, en el caso mexicano las disposiciones de derecho fundamental serían aquellas contenidas en el Capítulo I del Título Primero de nuestra Constitución (aa. 1° a 29), así como las contenidas en los tratados en la materia que se incorporen al derecho mexicano en términos del a. 133 constitucional.

⁴⁰⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, pp. 70 y 71.

del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador *son principios*, ya que nos encontramos frente mandatos de optimización. En efecto, su aplicación no es “todo o nada” (no pueden subsumirse), sino que admiten un cumplimiento paulatino, de manera que exigen que algo se realice en la mayor medida (dentro de lo fáctica y jurídicamente posible)⁴⁰⁶. Particularmente, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador ordenan, en forma abstracta y general, que se protejan los intereses morales y económicos que los autores tengan sobre sus producciones, lo que deben hacer los estados atendiendo a sus posibilidades fácticas (por ejemplo, recursos presupuestarios) y atendiendo a sus posibilidades jurídicas (que son las reglas y principios que eventualmente podrían resultar opuestos a la protección de los autores). Precisamente, estas normas opuestas pueden ser, en algunos casos, las que se desprenden de los propios aa. 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador, como el derecho a la cultura; en otros casos pueden ser las normas iusfundamentales previstas en diversos instrumentos, como las relativas al derecho a la información (contemplado en el PIDCP). Así las cosas, la optimización de la protección a los autores encontrará su freno en la optimización de otros intereses, como el acceso a la cultura (y viceversa). Sobre esto volveremos después.

Asimismo, podemos constatar que las normas iusfundamentales que prevén el derecho a la protección jurídico-autoral en diversas constituciones nacionales, suelen estar estructuradas también en forma de principios y, sólo en ciertos casos, hacen alguna referencia o puntualización respecto al perfil o características que deben tener los derechos que se concedan a los autores. Por ejemplo, tenemos el caso de las constituciones que señalan que tales derechos deben ser temporales y/o deben ser derechos exclusivos (por ejemplo, utilizando la expresión “propiedad”), en cuyo caso serían reglas concretas que coexisten a la par del respectivo principio⁴⁰⁷, y que conjuntamente integran un derecho fundamental como un todo.

En tercer lugar, el derecho a la protección jurídico-autoral se integra por un haz de posiciones jurídicas, que son derechos a algo, libertades y competencias. Aunque estas posiciones son estudiadas con mayor detalle al revisar las relaciones entre ese derecho y los derechos de autor (*infra* apartado 6.3 del presente capítulo), no son muy difíciles de advertir, y podemos señalar, como ejemplo de algunas de ellas: que el Estado no impida u obstaculice que el autor se beneficie económicamente de su obra, que el Estado dicte leyes para que el autor pueda obtener esos beneficios materiales, que se establezcan tribunales a los que puedan acudir los autores a hacer valer sus derechos, etc⁴⁰⁸.

Así, de conformidad con la teoría de Robert Alexy, el derecho a la protección jurídico-autoral también colma todos los requisitos para ser considerado un derecho fundamental.

Una vez revisadas las concepciones de Ferrajoli y Alexy, nos queda claro que el derecho a la protección jurídico-autoral *es* un derecho fundamental. Cuestión diferente a aquella sobre si tal derecho *debiera* ser un derecho fundamental. Como se dijo en el capítulo primero, esto último es una cuestión de filosofía política, cuya respuesta excedería por mucho los objetivos de la presente investigación, la cual se basa, además, en las normas

⁴⁰⁶ En general, sobre la distinción entre principios y reglas, *cfr.* el apartado 3.1 del capítulo primero de la presente investigación.

⁴⁰⁷ Como bien explica Alexy, tanto reglas como principios “pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, p. 138.

⁴⁰⁸ *Vid.* la observación general 17 del Comité DESC, en particular sus párrafos 18, 30, 31 y 34.

existentes (los derechos fundamentales que *son*)⁴⁰⁹.

Empero, con el propósito de no sólo hacer un análisis descriptivo (sino también prescriptivo), y sin profundizar mayormente sobre el particular, señalaremos que nuestra postura es que el derecho a la protección jurídico-autoral sí debe ser un derecho fundamental, y que es acertado contemplarlo como tal en los instrumentos internacionales en la materia y en diversas constituciones. Esto debido a la noción de *dignidad humana*⁴¹⁰, en tanto las obras son un reflejo del ser de sus creadores, es decir, son una extensión de la persona que nos la muestra como lo que es (como ser único e irrepetible)⁴¹¹; además, si los autores dedican tiempo y esfuerzo (trabajo) a crear obras, es justo que el autor obtenga una retribución o beneficio material por esa labor⁴¹², que le permita, como señaló el Comité DESC, tener un nivel digno de vida⁴¹³. La dignidad humana implica que no se le trate al autor como cosa o instrumento, sino como un fin.

Así, se aprecia que el fundamento que algunos dan para considerar los derechos de autor como derechos fundamentales (dignidad humana y reflejo de la personalidad), puede considerarse, en realidad, el fundamento del derecho a la protección jurídico-autoral y que lo dota del estatus de derecho fundamental.

⁴⁰⁹ Hacemos nuestras las palabras de MacQueen cuando afirma: “In analysing the IP/human rights interface, it is important, I think, to focus on the legal texts we have, rather than those we might have or would wish to see”. MacQueen, Hector L., “Towards utopia or irreconcilable tensions? Thoughts on intellectual property, human rights and competition law”, *SCRIPT-ed*, Reino Unido, vol 2, núm. 4, diciembre 2005, p 460.

⁴¹⁰ El maestro Peter Häberle indica que la dignidad humana es la premisa del estado cultural (premisas antropológico-cultural), e incluso afirma que tal dignidad es el vértice de los derechos fundamentales. Cfr. Häberle, Peter, *El estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 1, 115 y 146.

Para comprender la noción de “dignidad humana” el citado profesor se refiere a la cuestión de cómo se permite al ser humano llegar a ser persona. *Ibidem*, p. 170.

Por su parte, Gregorio Peces-Barba ve en la dignidad humana la base de la ética pública de la modernidad, que se realiza socialmente a través del derecho. La dignidad humana se manifiesta, entre otras formas, en la creación de belleza desde cánones estéticos plurales (origen del arte y la literatura), y en la comunicación y el diálogo (origen del lenguaje y la cultura). Cfr. Peces-Barba, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales” en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 86 y 87.

Mientras que Fernández Segado indica que la dignidad es, en realidad, la fuente de todos los derechos fundamentales. *Vid.* Fernández Segado, Francisco, “Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico” en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 25 y 26.

Sobre la dignidad humana como base de los derechos fundamentales, *cfr.*, también, Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 137, p. 25; Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 41, p. 137; y Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa / IMDPC, 2009, p. 95.

Dicha premisa de los derechos fundamentales también la encontramos a nivel internacional. Por ejemplo, el primer párrafo del preámbulo de la DUDH parte de la base de que hay una “dignidad intrínseca” de los miembros de la familia humana, mientras que su quinto párrafo también hace referencia a la dignidad humana.

⁴¹¹ Esto se traduce, entre otras cosas, en que el pensamiento o concepción artística del autor no sea tergiversada (mediante ataques a la integridad de la obra), y en que no se le niegue al autor tal calidad respecto de sus obras, es decir, que se reconozca que son fruto de su intelecto, un reflejo de su personalidad.

⁴¹² Bien dice el maestro Rangel Medina que el autor debe aprovecharse de su trabajo, de forma que “las ‘regalías’ serán, en cierto modo, los salarios de los trabajadores intelectuales”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 37, p. 113.

Por su parte, Häberle indica que trabajo y propiedad están conectados con la esencia humana y con su dignidad. *Vid.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 410, p. 254.

⁴¹³ Observación general 17, párrafos 2 y 15.

Adicionalmente, estimamos que la justificación material del derecho a la protección jurídico-autoral como derecho fundamental puede encontrar su sustento en su carácter de “ley del más débil”. En efecto, Ferrajoli establece como criterio axiológico de fundamentación de los derechos fundamentales su papel como “leyes del más débil”, siendo una alternativa a la ley del más fuerte, que sería la que predominaría en su ausencia⁴¹⁴. La regulación jurídica de los derechos de autor (que, como se explica más adelante, deriva del derecho a la protección jurídico-autoral) tiene una fuerte dosis tuitiva a favor del autor, pues se funda en la posición del autor como parte débil en sus relaciones jurídicas (primordialmente ante empresarios)⁴¹⁵, lo que incluso se puede observar –aunque en menor medida– en los sistemas de *copyright*⁴¹⁶. Esto ha llevado a algunos, como ya vimos, a sostener que el derecho autoral es una rama del derecho social⁴¹⁷, similar al derecho laboral. Pero además, en tiempos recientes, se puede decir que la facilidad con la que actualmente se pueden reproducir y difundir obras, genera también una *posición fáctica de debilidad* de los autores frente a los consumidores o usuarios de las obras. Las nuevas tecnologías han puesto a los autores, en relación con el uso de sus obras por parte de terceros, en una posición de debilidad (tácticamente, el autor es más débil frente a los consumidores).

De hecho, Delia Lipszyc califica este problema como la “debilidad estructural” de los autores, la cual radica, entre otros factores: la inmaterialidad de la obra que no permite su custodia física, la situación de inferioridad de los autores frente a los empresarios, la oferta de obras suele ser superior a la demanda, etc⁴¹⁸.

Finalmente, y en otro orden de ideas, cabe decir que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral es, probablemente, el derecho fundamental más olvidado o más ignorado que exista, al que se le ha prestado muy poca atención, tanto en la academia como en los tribunales, y durante mucho tiempo, también en los foros internacionales.

Por todo lo antes dicho, no consideramos acertadas las posturas doctrinales que le confieren a los derechos de autor el estatus de derechos fundamentales (mismas que fueron

⁴¹⁴ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 118 y 127.

⁴¹⁵ Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 24; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO / CINDOC, 1997, pp. 102 y 103; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 16, p. 137; Lipszyc, Delia, y Villalba Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 146; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 37, p. 110.

⁴¹⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Goldstein, Paul, “Paternalism and autonomy in copyright contracts” en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 260.

⁴¹⁷ A guisa de ejemplo, Loredó Hill define al derecho autoral “como un conjunto de normas de derecho social, que protegen el privilegio que el Estado otorga por determinado tiempo, a la actividad creadora de autores y artistas, ampliando sus efectos en beneficio de intérpretes y ejecutantes”. Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 60, p. 91.

El igual forma, Farrell Cubillas estima al derecho autoral como derecho social, posición que justifica invocando la exposición de motivos de nuestra ley de derechos de autor de 1947, en la que legislador señaló que la “evolución del derecho de autor acusa un marcado paralelismo con el derecho obrero”; asimismo, el referido jurista indica que se protege al autor por ser económicamente débil. *Cfr.* Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 16, pp. 72 y 74.

⁴¹⁸ Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho” en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 99.

referidas en el apartado 4 del presente capítulo).

Una vez que ya tenemos individualizado el derecho a la protección jurídico-autoral, y hemos constatado que es un derecho fundamental, procederemos, a continuación, a distinguirlo de los derechos de autor.

6.2.- *Distinción entre los derechos de autor y el derecho a la protección jurídico-autoral.*

Como apuntamos, un error muy común en la doctrina ha sido confundir los derechos de explotación (derechos ordinarios) con el derecho a la protección jurídico-autoral (derecho fundamental), lo que lleva a la equivocada conclusión de que los derechos de autor son derechos fundamentales. Para demostrar la diferencia entre ambos tipos de derechos (y por consiguiente, que los derechos de explotación de los autores no son derechos fundamentales), seguiremos apoyándonos en el pensamiento de Luigi Ferrajoli, y nos valdremos principalmente de criterios estructurales.

Dado que el presente trabajo se centra en los *derechos de explotación*, el análisis que a continuación realizamos se enfoca a esa clase de derechos de autor, por lo que no pretendemos aquí aportar conclusión alguna sobre si los derechos morales son derechos fundamentales⁴¹⁹. Tampoco pretendemos hacerlo respecto de los derechos de simple remuneración.

En el capítulo primero del presente trabajo vimos que Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Con independencia de lo acertado o no que pudiera ser el uso de la expresión “derechos patrimoniales” y de esa clasificación bipartita que hace el citado profesor italiano, la referida distinción nos será muy útil para evidenciar el punto clave en el que estriba la diferencia entre el derecho de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral.

Para hacer la distinción, Ferrajoli toma el caso del derecho de propiedad, que suele ser invocado en constituciones e instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales. Este autor distingue entre el “derecho a ser propietario” y el “concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”, siendo el primero un derecho fundamental y el segundo un derecho patrimonial⁴²⁰.

⁴¹⁹ Respecto de este tema, Colina Hernández, después de no encontrar sustento constitucional expreso para los derechos morales, indica que estos se desprenden del ejercicio de la libertad fundamental de creación artística (parte de la libertad de expresión), lo que la lleva a concluir que “el derecho moral del autor, como se ha podido observar, no es otorgado por una norma de carácter fundamental, sino que deriva de ella. Es decir, el derecho moral surge de haber ejercitado la libertad (fundamental) de manifestarse artísticamente, lo que no lo convierte en derecho fundamental”. Colina Hernández, Verónica, *El derecho moral del autor como derecho fundamental*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2007, p. 84.

Posición contraria la encontramos en la justicia constitucional comparada, particularmente, la Corte Constitucional colombiana en reiteradas ocasiones ha señalado que los derechos morales son derechos fundamentales (y que, por ende, la Decisión Andina 351 de 1993 forma parte del bloque de constitucionalidad de ese país, pero sólo por cuanto hace a los derechos morales), como se puede apreciar en sus sentencias C-155 de 1998, C-1490 de 2000, C-988 de 2004 y C-1118 de 2005.

De igual forma, Roberta Rosenthal Kwall considera que, dadas sus características, los derechos morales de autor tienen una pretensión fundada de ser considerados derechos humanos. *Cfr.* Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 79, p. 136.

⁴²⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 394, p. 45.

Ferrajoli encuentra cuatro diferencias estructurales entre ambos derechos, de las cuales consideramos la más importante aquella que confronta la universalidad de uno y la singularidad del otro (diferencia que es, además, la más útil para efectos del presente apartado). Los derechos fundamentales (incluido el derecho a ser propietario) son universales, ya que su titularidad pertenece a todos, o lo que es lo mismo: *toda* persona tiene el derecho a ser propietario. Por ende, los derechos fundamentales son *incluyentes*. En cambio, los derechos patrimoniales (incluido el concreto derecho de propiedad sobre un bien, o sea, un determinado derecho real de propiedad) son singulares, dado que existe un específico titular para cada uno de ellos; por lo tanto, el derecho real de propiedad sobre la casa X pertenece únicamente al propietario Y de esa casa, y a nadie más. Lo que significa que los derechos patrimoniales son *excluyentes*⁴²¹.

Estimamos que esta es la diferencia primordial entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación del autor. Veamos.

Efectivamente, el derecho a la protección jurídico-autoral es *universal*, en tanto pertenece a todo ser humano. Por el mero hecho de ser personas, todos tenemos un derecho a que, si creamos una obra, el Estado nos brinde cierta protección sobre esa obra. Este no es un derecho que pertenezca sólo a quienes adquieran la calidad de “autor”, sino a toda persona, pues existe con independencia de que se haya creado o no una obra, como sucede también con el derecho contra las detenciones arbitrarias, pues no es un derecho que pertenezca únicamente a quienes hayan sido víctimas de una detención arbitraria, sino abstractamente a todo individuo. Inclusive, el derecho a la protección jurídico-autoral no está supeditado a que exista una obra, pues se es titular de él desde el momento mismo en que se adquiere la personalidad y no desde el momento en que se cree una obra.

Se aprecia, así, el carácter *incluyente* del derecho a la protección jurídico-autoral, pues todos (autores o no) gozamos de él. Esto se observa claramente en el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y la DUDH, en tanto esos instrumentos reconocen el referido derecho fundamental “a toda persona”. Como dice Colina Hernández: “Todos los individuos pueden ser autores”⁴²²; de la misma forma que existe la posibilidad de todos los individuos de poder transitar por el país, de expresar sus ideas o de ser propietarios; ante dichas potencialidades, se reconocen los derechos fundamentales a toda persona.

Acontece lo contrario con el derecho de explotación, que es esencialmente *singular*, debido a que, de entrada, sólo se confiere originariamente a las personas que tengan la calidad de “autor”, como se desprende de los artículos 5º, 12 y 26 de la LFDA. Pero además, si un autor X crea la obra Y, el derecho de explotación sobre esa obra únicamente pertenece a X, por lo que, en principio, nadie más puede ser titular de ese derecho concreto y único sobre la obra Y⁴²³. De ahí que el derecho de explotación sea, en esencia,

⁴²¹ *Ibidem*, p. 46.

⁴²² Colina Hernández, Verónica, *op. cit.*, nota 419, p. 94.

⁴²³ Los derechos de explotación pueden transmitirse por causa de muerte, y en muchos países, también por actos *inter vivos*. En otros países, como Alemania, Austria, España y México, aunque se habla de “transmisión” entre vivos, no hay un verdadero acto traslativo de la titularidad del derecho de explotación, sino algo más bien parecido a un usufructo, en donde se cede temporalmente el *ius utendi* y el *ius fruendi*, pero se conserva la nuda titularidad del derecho de explotación.

Cfr. Rodríguez Tapia, José Miguel, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 212; Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 219; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 14, p. 606; De la Parra Trujillo, Eduardo, “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del

*excluyente*⁴²⁴.

Pongamos un ejemplo. Desde el instante de su nacimiento, Gabriel García Márquez adquirió el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, por el mero hecho de ser persona y sin excluir al resto de los seres humanos de ese derecho fundamental. Sin embargo, en ese momento Gabriel García Márquez carecía de derecho de autor alguno, en tanto todavía no había creado una obra concreta. Así, la titularidad del derecho a la protección jurídico-autoral no se identifica con la titularidad de derechos de autor (concretamente, de derechos de explotación).

Posteriormente, Gabriel García Márquez creó la obra *Cien años de soledad*, y fue precisamente en ese momento (y no antes), que adquirió la titularidad de un concreto derecho de explotación, únicamente sobre esa obra. Ahí entra la distinción, pues mientras todos los seres humanos seguimos siendo titulares de un derecho a la protección jurídico-autoral (situación que no se vio modificada o afectada por la creación de *Cien años de soledad*), sólo Gabriel García Márquez adquirió la titularidad del derecho de explotación sobre la referida obra, titularidad de la que todos estamos excluidos en principio.

Por lo tanto, no se puede decir que el derecho de explotación de los autores sea un derecho fundamental, en tanto no es universal (no todas las personas son titulares del derecho de explotación sobre *Cien años de soledad* o sobre otras obras), sino singular, concreto y específico.

Y dado que el derecho fundamental previsto en los aa. 27.2 de la DUDH y 15.1.c del PIDESC (entre otros ordenamientos) es universal –pues se confiere a toda persona–, se puede concluir que ese derecho no se identifica con el derecho autoral de explotación, en tanto este es singular, pues potencialmente sólo pueden adquirirlo los autores, y una vez adquirido excluye de su titularidad al resto de las personas en relación a una obra concreta.

Si bien el criterio de universalidad es el que más claramente nos sirve para distinguir el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación, el criterio de indisponibilidad nos refuerza lo antes dicho. En este sentido, Ferrajoli explica que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos⁴²⁵, lo que también resulta claramente predicable respecto del derecho a la protección jurídico-autoral, en tanto no puede ser transmitido a terceros (por actos *inter vivos* o *mortis causa*), no puede renunciarse, no puede gravarse, no puede ser removido por

Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007, p. 106 (con serios errores de edición).

Asimismo, hay países que contemplan hipótesis concretas en que la titularidad originaria del derecho de explotación a favor de personas distintas del autor, como por ejemplo, en los casos de obras colectivas o, en menor medida, de obras por encargo (no todos los países que regulan esta figura confieren la titularidad originaria al comitente, sino la configuran más bien como un contrato de cesión de derechos). En el caso de México, nuestra LFDA concede al autor la titularidad originaria del derecho de explotación al no haber ningún caso de excepción a la norma prevista en su a. 26, ya que ni siquiera las hipótesis de las obras por encargo o creadas bajo relación laboral, derogan esta máxima de la titularidad originaria.

De cualquier forma, ya sea en el caso de transmisiones (entre vivos o por causa de muerte), o en los raros casos de titularidad originaria a favor de personas diversas al autor, no se pierde la nota de *singularidad* del derecho de explotación, pues sea quien sea su titular, sólo él goza de ese derecho concreto, excluyendo a cualquier otra persona.

Cosa diferente es que, si algunas normas niegan al autor la titularidad originaria del derecho de explotación, tales normas violen o no el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral.

⁴²⁴ En este sentido, *vid.* Miranda, Jorge, *op. cit.*, nota 167, p. 328.

⁴²⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 394, pp. 47 y 48.

las autoridades estatales, etc.

En cambio, los derechos de explotación no reúnen todas esas características. De entrada, siempre son transmisibles por causa de muerte (cosa que no puede concebirse respecto de los derechos fundamentales, pues no podemos imaginar, por ejemplo, que una persona herede su libertad de expresión o su derecho a la salud a otra persona), incluso en países como México, Alemania o España, en donde los derechos de explotación no pueden transmitirse por actos entre vivos⁴²⁶ (aunque sí puede disponerse limitadamente de ellos mediante contratos, exclusivos o no; e incluso, sus frutos pueden sujetarse a embargo o prenda⁴²⁷); además, en otros países como Francia, Italia o Argentina, el derecho de explotación es libremente enajenable *inter vivos*.

De hecho, esta cuestión de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, nos lleva a otro argumento para demostrar la diferencia entre el derecho a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación: a los derechos fundamentales se les sustrae de decisiones de la política y del mercado, es decir, pertenecen a la esfera de lo indecidible⁴²⁸. En este sentido, y como se indica en *infra* 6.3, el derecho a la protección jurídico-autoral forma parte de la esfera de lo indecidible, pues no se puede decir que no se protejan los intereses materiales de los autores. En cambio, la existencia o no de derechos de explotación sí están en la esfera de lo decidible, pues como se desprende de la observación general 17 del Comité DESC, los estados pueden válidamente conceder sólo derechos de remuneración y no derechos de explotación e, incluso, pueden válidamente no conceder derechos de autor, sino otros estímulos económicos como entregar cheques a los autores, darles becas para su subsistencia, etc. Es decir, los países cuentan con un amplio margen para decidir cómo cumplen con su obligación iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores, por lo que el otorgar o no derechos de explotación, *forma parte de su ámbito decisorio*⁴²⁹, de ahí que tales derechos no puedan calificarse de fundamentales, pues están dentro de la esfera de lo decidible.

Así las cosas, aunque no se puede decidir que no se protejan los intereses materiales de los autores, sí se puede decidir mediante qué instrumentos se puede lograr esa protección (lo cual puede ser o no a través de derechos de explotación). Por lo tanto, los derechos de explotación son *contingentes*, mientras que el derecho a la protección jurídico-autoral es *necesario*.

Finalmente, un último punto que nos refuerza la distinción entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral, consiste en que los primeros son horizontales, mientras el segundo, como todo derecho fundamental, es vertical. En efecto, como indica Ferrajoli, las relaciones de los titulares de los derechos patrimoniales son de tipo “civilista”, cuando las de los titulares de derechos fundamentales son, más bien, de tipo

⁴²⁶ Para una explicación sobre el particular, *cfr. supra* el apartado 5.2.5 del capítulo segundo, y la nota al pie 423 del presente capítulo.

⁴²⁷ *Cfr.* principalmente los aa. 30, 33, 35 y 41 de la LFDA.

La transmisión *mortis causa* de los derechos ha sido reconocida por la Primera Sala de la SCJN, como se puede observar en la tesis “DERECHOS DE AUTOR. SU TRANSMISIÓN ES PROCEDENTE A TRAVÉS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XIII, junio de 2001, p. 235.

⁴²⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 131, p. 131; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, p. 432; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 94.

⁴²⁹ Sobre las interrelaciones entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral, profundizamos *infra* en el apartado 6.3 del presente capítulo.

publicista, es decir, del individuo ante el Estado (principalmente, y con independencia de la posibilidad adicional de una *Drittwirkung*)⁴³⁰. En el caso de los derechos de explotación, se puede apreciar una notoria eficacia horizontal entre el titular de tales derechos y los usuarios de obras, mientras que en el derecho a la protección jurídico-autoral hay una relación jurídica primordialmente vertical, entre el titular del derecho y el Estado.

Entonces, cuando los citados tratados en materia de derechos fundamentales hacen referencia al derecho de beneficiarse *materialmente* de las obras de las que una persona sea autora, ¿están hablando del derecho de explotación de los autores (al que nuestra ley llama “derecho patrimonial”)? No, en realidad está aludiendo a otro derecho diferente, que es el derecho a la protección jurídico-autoral, cuyo alcance es que su titular (toda persona) pueda exigirle al Estado que realice ciertas actividades (e incluso abstenciones) con el fin de que todo individuo pueda obtener beneficios materiales de las obras que llegue a crear (de ser el caso); lo cual es cosa muy diferente a un derecho de controlar una obra concreta y específica, de tipo excluyente y oponible *erga omnes*.

Así, independientemente de la teoría que se adopte para explicar la naturaleza jurídica del derecho de explotación (propiedad, derecho intelectual, propiedad especial, derecho real diverso de la propiedad, etc.)⁴³¹, lo que sí nos debe de quedar muy claro, es que tal derecho no tiene la naturaleza jurídica de un derecho fundamental⁴³².

Pero esto no significa que no exista relación alguna entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación. Antes al contrario, los segundos son instrumentales respecto del primero, pues la forma más común (que no la única) en que los estados cumplen su obligación de proteger los intereses materiales que toda persona pudiera llegar a tener sobre las obras que crease es, precisamente, mediante el otorgamiento de derechos de explotación a todos aquellos que lleguen a crear obras.

Un Estado que no prevea medios y mecanismos para proteger los intereses materiales sobre las obras que potencialmente pudieran crearse, violaría el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral. En el siguiente apartado profundizamos sobre las relaciones entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación.

De hecho, lo expresado en el presente apartado coincide con la observación general 17 del Comité DESC, en la que se distinguen los derechos de propiedad intelectual (en nuestro caso, el derecho autoral de explotación) y “el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15” del PIDESC (al que nosotros llamamos “derecho a la protección jurídico-autoral”)⁴³³. Además en dicha observación general se afirma que un Estado puede cumplir con ese derecho humano mediante el actual régimen de derechos de autor⁴³⁴, formas tradicionales de propiedad intelectual⁴³⁵ o mediante el impedimento al uso

⁴³⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 394, pp. 49 y 50.

⁴³¹ *Vid. supra* el apartado 1 del presente capítulo.

⁴³² En terminos parecidos, aunque con diferente argumentación jurídica, *cfr.* Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 132, p. 85.

⁴³³ *Cfr.* los párrafos 1 y 2 de esa observación.

⁴³⁴ Párrafo 10.

Stoll y Von Hahn, luego de reconocer que la distinción entre intereses morales y materiales son propias de la regulación de los derechos de autor, concluyen que: “This leads to the conclusion that existing intellectual property laws, which ensure a certain protection based on international standards and national laws, safeguard the standard set forth in Art. 27 (2) and Art. 15 (1) (c) in an adequate manner”. *Cfr.* Stoll, Peter-Tobias, y Von Hahn, Anja, “Indigenous peoples, indigenous knowledge and indigenous resources in international law” en Von Lewinski, Silke (coord.), *Indigenous heritage and intellectual property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 18.

no autorizado de obras⁴³⁶ (es decir, mediante el otorgamiento de derechos de explotación a los autores), aunque desde luego, esa no es la única forma de cumplimiento.

En el mismo tenor, Nwauche indica que los “derechos de propiedad intelectual” son una expresión del “derecho a la propiedad intelectual” (derecho humano previsto en el PIDESC), es decir, el segundo es un *derecho fundacional* que sirve de base para los primeros. De esta forma, el conceder derechos de propiedad intelectual es una manera de reconocer el derecho a la propiedad intelectual (al que nosotros llamamos “derecho a la protección jurídico-autoral”)⁴³⁷.

De igual manera, tanto Okediji⁴³⁸, como Dutfield y Suthersanen⁴³⁹ hablan de un “derecho a la propiedad intelectual” protegido como derecho humano por el a. 15 del PIDESC⁴⁴⁰.

Así las cosas, la distinción entre el derecho fundamental a ser propietario y el derecho real de propiedad sobre un bien concreto, es muy similar a aquella entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y el derecho de explotación sobre una obra específica. Por lo que no se puede concluir que los derechos reales de propiedad y los derechos de explotación sean derechos fundamentales, aunque existan normas *iusfundamentales* que se refieran a la propiedad o a la protección de lo autores.

Empero, tanto los derechos de explotación como el derecho a la protección jurídico-autoral comparten la característica de ser “derechos subjetivos”⁴⁴¹, sin embargo, mientras que el derecho a la protección jurídico-autoral puede calificarse de “fundamental” (por las razones ya expresadas), los derechos de explotación no. Esa sería la diferencia específica entre ambas clases de derechos⁴⁴².

Una vez diferenciados ambos derechos, pasemos al siguiente apartado, donde profundizaremos respecto a los vínculos que existen entre ellos.

6.3.- Relaciones entre los derechos de autor y el derecho a la protección jurídico-autoral.

Si bien es un error común considerar a los derechos de explotación como derechos fundamentales, también hay otro error recurrente que es el negar relación alguna entre los derechos de autor (y las leyes y los tratados que actualmente los regulan), por un lado, y el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, por el otro. Generalmente, en esta equivocación incurren los que ideológicamente se oponen a todo aquello que suene a “propiedad intelectual”. Desde un punto de vista jurídico, esta postura es igual de

⁴³⁵ Párrafo 18, inciso a), subinciso ii).

⁴³⁶ Párrafos 31 y 45.

⁴³⁷ Cfr. Nwauche, Enyinna S., *op. cit.*, nota 154, pp. 7 y 9.

⁴³⁸ Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 367.

⁴³⁹ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, pp. 220 y 221.

⁴⁴⁰ Sobre esto, también *vid.* Belder, Lucky, “Introduction: human rights as restrictions to intellectual property rights” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 177.

⁴⁴¹ Para la noción de “derecho subjetivo” que utilizamos en la presente investigación, *cfr.* las notas al pie 394 y 459 de este capítulo.

⁴⁴² Incluso, podrían darse argumentos adicionales, como el apuntado por Grosheide en el sentido de que los derechos humanos, en general, pertenecen al ámbito del llamado derecho público, mientras que los derechos de propiedad intelectual se encuentran ubicados, más bien, en el derecho privado. *Cfr.* Grosheide, Willem, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

reprochable que aquella que afirma que los derechos de explotación son derechos fundamentales.

Por consiguiente, en el presente apartado analizaremos la relación que existe entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación de los autores.

De entrada, debido a su estatus de derecho fundamental, el derecho a la protección jurídico-autoral está investido de ciertos caracteres que incidirán en sus relaciones con otro tipo de derechos subjetivos.

Uno de esos principales caracteres, como ya se dijo, es la pertenencia del derecho a la protección jurídico-autoral a la *esfera de lo indecible*. Dworkin explica que los derechos fundamentales son triunfos políticos frente a las mayorías⁴⁴³, lo que significa que al consagrarse el derecho a la protección jurídico-autoral como un derecho fundamental (por ejemplo en una Constitución nacional, en la DUDH y en el PIDESC), se cristalizó un triunfo político frente a la colectividad, por lo que *la cuestión de proteger o no a los autores se extrajo del poder decisorio de las mayorías* (incluso, democráticamente electas). Así, el derecho a la protección jurídico-autoral se encuentra dentro de la esfera de lo no decidible (que si o que no), por lo que ni el legislador, ni el mercado, ni ningún otro poder, pueden decidir que no se proteja a los autores, ni negar que esa protección debe abarcar tanto los intereses morales como también los económicos de los creadores, ya que respecto de tal protección ninguna mayoría “ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”⁴⁴⁴.

Como consecuencia, los estados no pueden quitarle la protección a los autores, tanto en su vertiente moral como en su vertiente material (que es la que ahora nos interesa). Cualquier propuesta que consista en implementar algún tipo de política pública que implique dejar a los autores sin protección respecto de sus obras, sería contraria al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, debido a que *no se puede decidir que no se proteja a los autores*⁴⁴⁵.

De hecho, en este tenor, Dutfield y Suthersanen indican que el a. 15 del PIDESC obliga a los estados a diseñar sistemas de propiedad intelectual (equilibrados, desde luego, para no afectar los otros intereses protegidos por ese tratado)⁴⁴⁶. De ahí que los países parte de ese tratado no puedan negar protección a los autores.

Una segunda característica del derecho a la protección jurídico-autoral que va a incidir en su relación con otros derechos, es que las normas iusfundamentales que lo prevén son principios, lo que se traduce en *mandatos de optimización*⁴⁴⁷.

Si los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida

⁴⁴³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 37.

⁴⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 414, p. 131.

En general, *cfr.* la nota 71 del primer capítulo, incluyendo la aceptación que hace la SCJN de este tipo de conceptos.

⁴⁴⁵ Como ejemplo de una propuesta de este tipo, podemos mencionar la de Brian Martin, quien propone la supresión total de la llamada propiedad intelectual. *Cfr.* Martin, Brian, *Information liberation. Challenging the corruption of information power*, Londres, Freedom Press, 1998, pp. 46 y 56.

En el capítulo sexto referimos con mayor amplitud esta corriente de pensamiento que pugna por la abolición absoluta de los derechos de autor.

⁴⁴⁶ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 218.

⁴⁴⁷ Sobre los principios, *vid.* el apartado 3.1 del primer capítulo de la presente investigación.

posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴⁴⁸, la consecuencia es que los aa. 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador (entre otras disposiciones) *ordenan* que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. ¿Qué es ese algo que debe realizarse? Pues la protección a los autores, es decir, *los estados deben proteger, en la mayor medida de lo posible, los intereses morales y materiales de los autores sobre sus producciones.*

Eso no significa que la protección a los autores deba ser desorbitada, exagerada o absoluta (como no lo es ningún derecho fundamental), pues el mandato de optimización derivado del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral se encuentra enmarcado dentro de las posibilidades jurídicas existentes, es decir, opera en relación con otras normas que pudieran oponerse en ciertas circunstancias⁴⁴⁹. En estos casos, habrá de usarse el principio de proporcionalidad para determinar qué principio deberá ceder ante el otro en el caso concreto de colisión normativa⁴⁵⁰.

Esto nos lleva a uno de los puntos torales del presente trabajo. Los derechos fundamentales son interdependientes y complementarios entre sí⁴⁵¹, por lo que, desde la dogmática iusfundamental, no puede considerarse que la protección a los autores sea esencialmente contraria o contrapuesta a otros valores como la libertad de expresión o la educación (como erróneamente plantea el modelo de conflicto). Antes al contrario, a la luz de la teoría de los principios, el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos fundamentales, como los derechos a la cultura, a la información o a la educación, son complementarios entre sí y todos ellos deben realizarse en la mayor medida de lo posible (optimizarse)⁴⁵².

Desde luego, y a pesar de lo anterior, en sociedades plurales y multiculturales se presentan casos en que dos o más derechos fundamentales suelen colisionar en aspectos concretos. Como se indicó en el capítulo primero del presente estudio, el principio de proporcionalidad es la herramienta idónea para resolver esas colisiones, por lo que mediante una ponderación entre el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos fundamentales, se irán estableciendo restricciones recíprocas y se irá concretando el alcance de los respectivos mandatos de optimización.

⁴⁴⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, p. 86.

⁴⁴⁹ *Idem.*

⁴⁵⁰ En este sentido, *vid.* Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 183, p. 2.

Cfr. el apartado 5 del capítulo primero del presente estudio para más información sobre el principio de proporcionalidad.

Desde luego, y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, en algunos podrá prevalecer el principio a favor del autor, y en otros casos el principio que opere en contra, por lo que no cabe afirmar que al ponderar principios siempre prevalezca el interés público por encima de los intereses privados de los autores. *Cfr.* Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 94, p. 266.

Para más detalles sobre el particular, remitimos al lector al apartado 6.4.2 del capítulo sexto de la presente investigación.

⁴⁵¹ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 137, p. 32; Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 138, p. 91; Nowak, Manfred, *op. cit.*, nota 128, p. 27.; VV.AA., *La igualdad de los modernos...*, *cit.*, nota 111, p. 18.

Destaca, sobre el particular, lo señalado en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 en su a. 5º, en relación a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales. *Cfr.* la nota al pie 130 del presente capítulo.

⁴⁵² El mandato de optimización es claro en el a. 2.1 del PIDESC, el cual establece la obligación de los estados parte de realizar todas las medidas necesarias para lograr “la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis añadido), lo que, obviamente, incluye tomar medidas para llegar a una plena efectividad en la protección a los autores.

De hecho, dada la eficacia horizontal que llegan a tener los derechos fundamentales, Geiger advierte que estos se vuelven cada vez más importantes en los litigios privados – incluyendo aquellos en materia de propiedad intelectual–, por lo que los jueces civiles ahora aplican más el principio de proporcionalidad⁴⁵³.

Así, habrá casos en que la protección a los autores tendrá que ceder ante la libre difusión de información, como también habrá casos en que suceda lo contrario; todo dependerá de las circunstancias del asunto concreto.

En este sentido, Jokhadze nos hace ver que los párrafos del a. 27 de la DUDH se refieren a diversas clases de beneficiarios, pues en el segundo de ellos el eventual beneficio es directamente para los autores, mientras que el primer párrafo beneficia directamente a la colectividad⁴⁵⁴. Sobre el particular, afirma Wong:

It is immediately obvious that these provisions simultaneously recognize creators' rights as well as the interests of the wider public in knowledge acquisition, learning, and cultural development. (...) The inherent tension in copyright law – balancing the public interest in encouraging creativity and achieving progress (by incentivizing and rewarding authors/creators) and the public interest in accessing and sharing knowledge so as to enable social and cultural development – is clearly reflected in these provisions⁴⁵⁵.

Por consiguiente, no debemos de olvidar la interrelación que hay entre los derechos previstos en los dos párrafos del a. 27 de la DUDH, ya que ninguno prevalece sobre el otro. Se trata, pues, como ya se dijo, de una cuestión de equilibrio⁴⁵⁶.

Y esto, precisamente, es olvidado por William Patry, quien estima que el considerar la protección autoral como un derecho humano ignora que el ejercicio de un derecho exclusivo por parte de una persona afecta la libertad de los demás⁴⁵⁷. Empero, como ya

⁴⁵³ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 30.

⁴⁵⁴ Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 94, p. 244.

⁴⁵⁵ Wong, Mary W.S., nota 107, p. 807.

Cfr. también Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 322, p. 21.

⁴⁵⁶ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 359, p. 77; Waelde, Charlotte, “Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 295.

En este sentido, Dutfield y Suthersanen, estiman que el principal propósito de los estados debe ser intentar lograr el óptimo equilibrio entre los intereses públicos y privados involucrados. *Vid.* Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 9, p. 214.

Con referencia a los dos párrafos del a. 27 de la DUDH, Morales Montes indica: “Lo anterior es de suma importancia para el desarrollo social, económico y cultural de un país, ya que ambos derechos fundamentales deben mantener un equilibrio”. Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004, p. 29.

Asimismo, con referencia a ambos párrafos del a. 27, Dworkin y Taylor establece que la necesidad de equilibrio en materia de derechos de autor, es indispensable para su estructura misma. *Cfr.* Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 3.

Mientras que Villalba indica: “Propugnamos en cambio que se analicen los Derechos Humanos vinculados a la creación intelectual como un plexo jurídico en el que, el derecho de autor, el derecho a la cultura, el derecho al nombre, el derecho a la propia imagen, el derecho a la creación y el derecho a la intimidad, encuentren una forma armónica de articularse según la cual la coexistencia de los mismos lleve a profundizar y extender la existencia de cada uno”. Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 91, pp. 164 y 165.

⁴⁵⁷ Patry, William, *Moral panics and the copyright wars*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 66.

vimos, sólo basta leer el referido a. 27 (o las disposiciones similares del PIDESC, la Declaración de Bogotá o el Protocolo de San Salvador) para ver lo equivocado que está Patry, pues todas esas disposiciones en materia de derechos humanos protegen, con el mismo rango e importancia, los derechos e intereses relativos al aprovechamiento social de las obras y los concernientes a los creadores. La protección a los autores no está aislada, ni es absoluta.

En otro orden de ideas, una vez que ya tenemos claro que existe un deber de proteger a los autores en sus intereses morales y económicos (deber al que no se puede decidir que no), y que tal cuestión es, también, un mandato de optimización (dicha protección debe concederse en la mayor medida de lo posible), veremos cómo inciden esas dos características en las relaciones entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación.

En el primer capítulo del presente trabajo se dijo que, de acuerdo con Alexy, las posiciones jurídicas que establecen los derechos fundamentales a sus titulares son tres: derechos a algo, libertades y competencias⁴⁵⁸. Para visualizar con claridad el alcance del derecho a la protección jurídico-autoral, nos ocuparemos de analizarlo en cuanto “derecho a algo”.

Ya se dijo que los derechos a algo consisten en relaciones triádicas entre dos sujetos y un objeto (*DabG*), y que ese objeto es una acción del destinatario, misma que puede ser una acción positiva (un hacer) o una acción negativa (una omisión)⁴⁵⁹.

En el derecho a la protección jurídico-autoral (*D*), encontramos que todo individuo (*a*) tiene una relación jurídica con el Estado (*b*) a que este último realice tanto acciones negativas como positivas (*G*). Como se apreciará a continuación, en el derecho fundamental en estudio predominan, como objeto del derecho a algo, las acciones positivas del Estado⁴⁶⁰, por lo que las estudiaremos primero, para después referirnos a las acciones negativas del poder público.

Siguiendo a Alexy, los derechos a acciones positivas se dividen en aquellos cuyo objeto es una acción fáctica (derecho a prestaciones en sentido estricto) y aquellos que su objeto es una acción jurídica (derecho a prestaciones en sentido amplio)⁴⁶¹. Por virtud del derecho a la protección jurídico-autoral, los estados tienen la obligación de realizar una acción positiva: *proteger a los autores* (concretamente, aquí nos interesa la obligación de proteger económicamente a toda persona que llegue a crear una obra).

La pregunta ahora es: ¿esa acción del Estado debe ser una acción fáctica o una acción jurídica? Pues bien, ninguno de los instrumentos internacionales en materia iusfundamental que hemos estudiado, impone como obligatoria alguna de esas opciones, sino que más bien,

⁴⁵⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, p. 186.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 186 a 188.

⁴⁶⁰ Es por eso que a este derecho fundamental se le suele considerar como un “derecho social”; tan es así, que la comunidad internacional decidió incluirlo en el PIDESC, y las naciones americanas lo hicieron en el Protocolo de San Salvador.

Para más detalles sobre los llamados derechos sociales, *cfr.* el apartado 4 del capítulo primero.

⁴⁶¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, pp. 194 a 196.

El mismo autor también incluye dentro de esta categoría los derechos a organización y procedimiento, los cuales pueden ser: competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos (tutela jurídica efectiva), organización en sentido estricto y formación de la voluntad estatal. *Ibidem*, pp. 454 a 482. Por el momento prescindiremos de estas categorías, pues no son esenciales para demostrar el punto que pretendemos probar aquí.

como ya se apuntó⁴⁶², dejan al Estado la más amplia libertad para decidir cómo cumplir su obligación de proteger materialmente a los autores^{463, 464}. Así, cada Estado puede decantarse por la vía de las acciones fácticas, por ejemplo, entregar un cheque mensual a los autores, establecer becas para la creación de obras, enviar despensas, etc.; pero también puede adoptar acciones jurídicas, por ejemplo, el otorgamiento de derechos de remuneración y/o derechos de explotación a los autores en una ley⁴⁶⁵.

Aquí encontramos, ya, el principal vínculo entre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación: los segundos son *una de las formas de las que puede elegir un Estado para cumplir con el referido derecho fundamental*. De esta manera, cuando un Estado expide una ley de derechos de autor en la que otorga derechos de explotación a los creadores, está cumpliendo con su obligación iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores.

De hecho, la mayor parte de los miembros de PIDESC, al rendir sus informes⁴⁶⁶ al Secretario General de la ONU (quien los remite, a su vez, al Comité DESC), indican que la obligación derivada del a. 15.1.c ha sido cumplida mediante la expedición de leyes sobre derechos de autor⁴⁶⁷. Y es que, si bien es cierto que el otorgamiento de derechos de explotación no es la única opción de los estados para cumplir con esa obligación

⁴⁶² *Vid. supra* el apartado 5.6.3 del presente capítulo.

⁴⁶³ En el párrafo 47 de su observación general 17, el Comité DESC indica que: “Cada Estado tiene un margen de discreción considerable al determinar qué medidas se adaptan mejor a sus circunstancias [necesidades/condiciones] específicas”.

De igual forma, en el inciso a) del párrafo 39 del mismo documento, se establece como una obligación básica derivada del PIDESC el adoptar medidas *legislativas* o de *otra índole* que sirvan para proteger efectivamente los intereses materiales de los autores. Lo que nos deja muy claro que son permisibles tanto acciones jurídicas como acciones fácticas.

⁴⁶⁴ Alexy nos explica que los derechos a protección suelen caracterizarse por su alternatividad, ya que el legislador cuenta con varias alternativas para cumplir con el derecho a protección, lo que le da cierto margen de discrecionalidad. *Cfr.* Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección” (trad. Rebecca Jowers) en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 54 a 79.

Sobre el particular, resultan ilustradoras las siguientes palabras de Alexy: “Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etc. Cuando existe una *prohibición* de destruir o perjudicar algo, entonces está prohibido *cualquier* acto de destrucción o de perjuicio. En cambio, cuando hay un *mandato* de proteger o apoyar algo, *no cualquier* acto de protección o apoyo es exigido. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cualquier acto de matar, mientras que el mandato de rescate no implica el mandato de llevar a cabo todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto *o* el segundo *o* el tercero. Por tanto, los derechos a protección tienen una estructura *alternativa* o disyuntiva, y los de defensa una estructura *conjuntiva*” (énfasis en el original). *Ibidem*, pp. 54 y 55.

⁴⁶⁵ Desde luego, el contraponer acciones jurídicas y acciones fácticas no significa que estas últimas carezcan de sustento jurídico, pues cada Estado dictará normas que regulen el desenvolvimiento de esas acciones fácticas (en el caso de México tenemos un mandato de que toda acción del Estado debe estar fundada y motivada). La diferencia radica en que, en las acciones jurídicas, la conducta principal del Estado es expedir la norma, mientras que en las acciones fácticas esa actividad pasa a un segundo plano, pues lo central es que el Estado realice la actividad fáctica y no sólo que expida el marco normativo de esa actividad.

⁴⁶⁶ Los aa. 16 y 17 del PIDESC establecen la obligación de los estados parte de rendir informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en la protección de los derechos consagrados en ese tratado.

⁴⁶⁷ Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 94, p. 991.

Asimismo, *vid. infra* las notas al pie 472 y 474 del presente capítulo.

internacional⁴⁶⁸, en la práctica es la más socorrida, así como en la que más énfasis puso el Comité DESC en su observación general 17⁴⁶⁹.

A mayor abundamiento, esto queda plenamente acreditado en el caso de México. En efecto, ya desde la exposición de motivos de Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948, se señaló que su propósito fue “asegurar las mejores condiciones de *protección a los autores, en sus intereses morales y materiales*, y al mismo tiempo asegurar una amplia difusión de la cultura, de manera que ambas finalidades se combinan en todo su texto”⁴⁷⁰ (énfasis añadido).

De igual forma, la exposición de motivo de la vigente LFDA⁴⁷¹ señala:

Nuestro país participa, desde hace más de medio siglo, de la convicción universal de que la participación de las personas en la vida cultural de su país *constituye un derecho humano* y que, por lo tanto, *el Estado está obligado a protegerlo y garantizarlo* adecuadamente en los llamados *derechos morales y patrimoniales*. (Énfasis añadido).

En forma todavía más explícita, en el Tercer Informe Periódico presentado por nuestro país en términos de los aa. 16 y 17 del PIDESC⁴⁷², concretamente en el apartado de “Medidas legislativas y de otra índole adoptadas para realizar el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de cualquier obra literaria o artística de la que sea autor”, México invocó la promulgación de la actual LFDA y citó los aa. 20, 25, 26, 27 y 77 de esa ley, como disposiciones relativas a la implementación del a. 15.1.c del PIDESC⁴⁷³.

Esto fue reiterado por México los párrafos 796, 838 a 844, 883, del Cuarto Informe Periódico, fechado el 20 de diciembre de 2004⁴⁷⁴.

Por lo tanto, puede concluirse que los derechos de explotación encuentran su fundamento en el derecho a la protección jurídico-autoral previsto en los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales ya señalados. *Los derechos de explotación derivan de tal derecho fundamental*. Como bien advirtió la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, hay un vínculo directo entre la propiedad intelectual y el a. 15 del PIDESC⁴⁷⁵.

Esto trae como consecuencia, por ejemplo, que si México abrogara, de un día para otro, la LFDA y no dictara otra ley en la materia (desapareciendo así los derechos de explotación), ni previera algún otro medio de protección económica a los autores, violaría los ya invocados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, concretamente: se contravendría el derecho a la protección jurídico-autoral.

En otro orden de ideas, por lo que hace a las constituciones nacionales que prevén el

⁴⁶⁸ Cfr. Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1089; y Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 8, p. 139.

⁴⁶⁹ En particular, *cfr.* el párrafo 31 de esa observación general, el cual establece que “los Estados deben impedir el uso no autorizado de producciones científicas, literarias o artísticas”.

⁴⁷⁰ La coincidente redacción de esta ley con la DUDH no debe sorprendernos, pues si bien esa legislación autoral es previa a la aprobación de la DUDH (se publicó en el DOF el 14 de enero de 1948), cabe suponer que sus redactores conocían el debate sobre lo que terminaría siendo el a. 27 de la declaración universal y el a. XIII de la Declaración de Bogotá.

⁴⁷¹ Publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1996.

⁴⁷² Documento E/1994/104/Add.18, de 18 de julio de 1997.

⁴⁷³ Cfr. los párrafos 585, 542, 543 y 544 de ese informe.

⁴⁷⁴ Documento E/C.12/4/Add.16.

⁴⁷⁵ Párrafo 12 de su informe de 27 de junio de 2001.

derecho a la protección jurídico-autoral, muchas dejan abierta la posibilidad para tomar acciones fácticas o acciones jurídicas (por ejemplo, hablando de la protección de los “intereses materiales”), pero otras sólo admiten las acciones jurídicas (mediante el uso de frases como “protección legal” o “protección por ley”), e incluso, en varios casos la forma de protección jurídica que señalan es el otorgamiento de derechos de explotación (mediante alusiones a “derechos exclusivos” o a la “propiedad”).

Así, en esas circunstancias, el otorgamiento de derechos de explotación no sólo es la forma más común de cumplir con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, sino que, en el caso de varios países, es la única opción constitucionalmente posible. Aunque desde luego, nada obstaculizaría que una vez cumplida con la norma constitucional y ya legislados los derechos de explotación, se diera una protección económica *adicional* mediante el otorgamiento de derechos de remuneración o ciertas acciones fácticas. Lo que no pueden decidir los legisladores de esos países, es no conceder derechos de explotación, pues su Constitución exige el otorgamiento de tales derechos de autor.

En el caso de México, el legislador no está obligado a conceder forzosamente derechos de explotación, pues no es el alcance del PIDESC y del Protocolo de San Salvador (que están integrados a nuestro derecho interno), y ni siquiera del a. 28 constitucional (para el supuesto de que se considerara que esa disposición prevé el derecho a la protección jurídico-autoral), ya que sólo habla de “privilegios” para los autores, pero nunca los califica de exclusivos, ni señala otro alcance de ellos más que su temporalidad⁴⁷⁶. Sin embargo, ya vimos que la protección material concedida a los autores es, en México, de carácter mixta, pues aunque descansa principalmente en los derechos de explotación, también se prevén algunos derechos de remuneración.

Cabe decir que la obligación del Estado de realizar acciones positivas para la protección de los intereses materiales de los autores no quedaría cumplida solamente mediante el otorgamiento legislativo de los derechos de explotación, pues también deben realizar las acciones necesarias para que ese derecho sea *efectivo*. Esto va, desde introducir elementos en la ley que garanticen esa efectividad (reglas de contratación, sistema de gestión colectiva de derechos, medios de defensa adecuados y efectivos, etc.), hasta tomar las medidas fácticas necesarias (establecer oficinas administrativas de protección al autor con recursos y elementos necesarios para cumplir su propósito, garantizar el acceso a tribunales eficientes para hacer valer los derechos de explotación en forma rápida y completa, etc.).

⁴⁷⁶ Si bien es cierto que históricamente la noción de “privilegio” traía aparejada la idea de exclusividad, no creemos que un juez constitucional deba ceñirse a esa interpretación histórica al momento de atribuir significado al vocablo “privilegio”. Tal es el caso de la interpretación evolutiva (que se opone a la interpretación histórica). *Cfr.* sobre el particular, Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999, pp. 233 a 235.

Empero, se puede alegar que, dada la ubicación de nuestra cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo relativo a la prohibición de monopolios), el constituyente implícitamente consideró que los “privilegios” ahí considerados eran derechos exclusivos (monopolios de explotación). No obstante, de dicha disposición no se puede desprender una obligación de conceder a los autores, forzosamente, derechos exclusivos (derechos de explotación) y no otra clase de derechos.

Más bien, como ya señalamos antes, el alcance de la norma constitucional es que, si el legislador llegase a conceder derechos exclusivos a los autores (entre otros “privilegios”), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, y por ende, no deben considerarse contrarios a la libre concurrencia; pero de eso, a decir que hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo, hay mucho trecho.

Ahora bien, el “derecho a algo” derivado del derecho a la protección jurídico-autoral como un todo, no se agota con los derechos a acciones positivas ya estudiados, sino que hay también *derechos a acciones negativas*. Como vimos en el capítulo primero de este trabajo, los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) se dividen en derechos al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades y a la no eliminación de posiciones jurídicas⁴⁷⁷.

Los derechos al no impedimento de acciones consisten en que el Estado no pueda, mediante obstaculización o impedimento propiamente dicho, obstruir que el titular del derecho fundamental realice cierta acción⁴⁷⁸. El derecho a la protección jurídico-autoral otorga a toda persona una posición jurídica de este tipo, pues sería violatorio de tal derecho que el Estado realizara ciertas medidas que estorbaran o impidieran que los autores se beneficien materialmente de sus obras, por ejemplo, si se le impidiese a los autores crear o afiliarse a una sociedad de gestión colectiva (que en muchos casos es la única forma efectiva de ejercer sus derechos económicos)⁴⁷⁹, si se le impidiese a los autores la celebración de contratos para la explotación de sus obras, si se les pusiesen trabas o requisitos de procedibilidad para acceder a tribunales para el ejercicio de sus derechos, etc. Como bien determinó el Comité DESC: la principal acción negativa a cargo de los estados, es que “deben abstenerse de interferir injustificadamente en los intereses materiales de los autores”⁴⁸⁰.

Por su parte, los derechos a la no afectación de propiedades o situaciones consisten en que el Estado no debe afectar ciertas propiedades o situaciones del titular del derecho⁴⁸¹. Esto podría darse en el derecho a la protección jurídico-autoral, por ejemplo, si el Estado embargara injustificadamente los ingresos que ha obtenido por la explotación de su obra o congelara las cuentas de banco donde estén esos ingresos.

Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas impiden que el Estado elimine las posiciones jurídicas concretas o los derechos derivados de ellas, como parte de una institución jurídica⁴⁸². El derecho a la protección jurídico-autoral también otorga a toda persona una posición jurídica de este tipo; por ejemplo, sería contrario a tal derecho que una ley o un tribunal desconociera a un creador su calidad de autor, o que la ley le concediera la titularidad originaria de los derechos de explotación a una persona diversa del autor⁴⁸³, o que la ley restringiera desproporcionadamente un derecho de explotación o de simple remuneración, etc. De hecho, el Estado atentaría en contra de esta clase de posiciones jurídicas, si disminuyera injustificadamente el nivel de protección ya otorgado a los autores (obligación de no regresividad) o si les quitara esta protección a los autores, lo

⁴⁷⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, p. 186.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp. 189 y 90.

⁴⁷⁹ Esto ya ha sucedido en México, cuando el INDA negó a los escenógrafos la autorización para constituir una sociedad de gestión colectiva (resolución de 13 de septiembre de 2005, expediente DPVDA/SGC/AO/02/2004), alegando que la escenografía no era una rama de la creación prevista en el a. 13 de la LFDA.

Dicha resolución fue considerada ilegal (y por ende anulada) por el TFJFA mediante sentencia de 1° de abril de 2008, dictada en el expediente del juicio contencioso administrativo 39843/05-17-03-3.

⁴⁸⁰ Párrafo 30 de la observación general 17.

⁴⁸¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 403, pp. 191 y 192.

⁴⁸² *Ibidem*, pp. 192 y 193.

⁴⁸³ Como bien apunta Drexl, el a. 27 de la DUDH (y los demás instrumentos internacionales que regulan el derecho a la protección jurídico-autoral) exigen que sea el autor quien tenga la titularidad *originaria* de los derechos de autor. *Cfr.* Drexl, Josef, *op. cit.*, nota 321, p. 171.

que se traduce en un deber *prima facie* de no mermar la posición jurídica actual (y los respectivos derechos que tienen los autores)

De todo lo anterior, puede observarse la cercana relación entre los derechos de explotación y el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, en tanto los primeros son la forma más usual en que los estados cumplen su deber iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores; se trata de instrumentos mediante los cuales se satisfacen las exigencias de un derecho fundamental y su propósito de darle un nivel de vida digno a los creadores.

A mayor abundamiento, el derecho a la protección jurídico-autoral está contemplado en normas con el carácter de *principio*, mientras que la mayor parte de las normas sobre derechos de explotación serían *reglas* que derivan de ese principio y lo implementan (son configuraciones legislativas de un derecho fundamental)⁴⁸⁴. Por consiguiente, la creación y aplicación de las reglas sobre los derechos de explotación, siempre tendrán un impacto en el principio de protección jurídico-autoral.

Con esto terminamos la explicación de las principales relaciones jurídicas que hay entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral. Pasemos entonces a recapitular los principales hallazgos de este capítulo.

Al inicio del presente capítulo nos planteamos dos preguntas. La primera era si los derechos de autor pueden o no considerarse derechos fundamentales; la respuesta es no. Los derechos de autor son derechos singulares y excluyentes, mientras que todos los derechos fundamentales son universales e incluyentes.

La segunda pregunta consistía en determinar qué clase de relación hay entre derechos de autor y derechos fundamentales: una de contraposición, una de complementación o una de indiferencia y no interacción. La respuesta sería que la relación es de complementación, pues los derechos de autor son el principal medio para la satisfacción de un derecho fundamental: el derecho a la protección jurídico-autoral.

Así, hay una relación directa entre los derechos fundamentales y los derechos de autor, pues los segundos implementan y encuentran su fundamento en los primeros. En este sentido, son ilustradoras las palabras de Okediji:

The point of the human rights narrative is not to transform intellectual property rights, nor to decry their validity. Indeed, the human rights narrative sees the intellectual property system as a constitutive part of the universal values it seek to affirm in and among states hence the codification of a human right to own intellectual property in both the UDHR and the ICESCR⁴⁸⁵.

Por lo tanto, concluimos que entre los derechos de autor (concretamente los derechos de explotación) y los derechos fundamentales hay, como regla general, una compatibilidad. De ahí que consideremos acertado el *modelo de compatibilidad* y no el modelo de conflicto⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Así, el a. 27 de la LFDA contempla varias reglas que implementan lo ordenado por los aa. 15 del PIDESC, 14 del Protocolo de San Salvador y 28 de nuestra Constitución.

⁴⁸⁵ Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 368.

⁴⁸⁶ En igual sentido, Cornides concluye que no hay un verdadero conflicto entre la propiedad intelectual y los propósitos de los derechos humanos. *Vid.* Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 41, p. 159.

A su vez, Lipszyc califica de falacia la contraposición del derecho de autor con los derechos a la cultura, la información y la educación. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 418, p. 105.

Una vez dicho lo anterior, en el siguiente capítulo procederemos a analizar el sistema de restricciones a los derechos de explotación como medida para resolver las colisiones normativas entre el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos fundamentales. Posteriormente evaluaremos tal sistema para ver si ha cumplido con esa misión o si hay aspectos de él que requieran ajustes.

Mientras que Okediji, luego de afirmar que las raíces de la propiedad intelectual y los derechos humanos son las mismas (pues reconocen el valor de los seres humanos a través de la protección de los frutos de sus actividades creativas), indica: “At its core, the human rights discipline does not encounter intellectual property as much as it complements it; it does not resist it as much as it attempts to contain its effects”. Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 8, p. 367.

CAPÍTULO CUARTO

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el capítulo segundo del presente trabajo tratamos las generalidades de los derechos de autor (particularmente de los derechos de explotación), mientras que en el capítulo tercero demostramos que los derechos de explotación no son derechos fundamentales, aunque están estrechamente vinculados con un derecho fundamental: el derecho a la protección jurídico-autoral. Corresponde ahora analizar los dos grandes sistemas de restricciones a los derechos de explotación, así como el marco internacional aplicable, para poder estar en aptitud de someter a examen y crítica la actual situación de las restricciones a los derechos de explotación (y el impacto que esta puede tener en materia de derechos fundamentales).

1.- La necesidad de limitar los derechos de explotación.

Todos los derechos están sujetos a límites, pues de lo contrario, se daría pie a arbitrariedades¹. Incluso, aquellos derechos a los que se les llama “absolutos”², son objeto de limitaciones. Si esto es cierto respecto de cualquier derecho subjetivo, también resulta verdadero en relación con los derechos de explotación³; por lo que a continuación expondremos las generalidades de los límites a los derechos de explotación, así como apuntaremos algunas de sus particularidades y complicaciones propias.

Hay que comenzar recordando que, contrario a lo que sucede con los derechos industriales (principalmente patentes y marcas), las relaciones jurídicas en el mundo de los derechos de autor no son bipolares (titular del derecho-usuario)⁴, sino más complejas, pues existe una *triada de intereses* que llegan a ser contrapuestos en algunos momentos: los de los autores, los de las empresas explotadoras de obras y los del público destinatario⁵.

Precisamente, esa gama de intereses es lo que lleva a que los derechos de los autores (señaladamente los derechos de explotación) sean objeto de ciertos límites que tienen como

¹ Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 10a. ed., Tecnos, 2001, vol. I, p. 422.

² Los derechos “absolutos” no reciben ese calificativo en virtud de que no puedan limitarse, sino más bien, como explica García Máynez, son aquellos que se contraponen a los derechos “relativos” (de acuerdo con la clasificación más importante de los derechos subjetivos). En este sentido, los derechos absolutos son los que se oponen *erga omnes*, mientras que los relativos sólo tienen como sujetos pasivos a determinadas personas (como es el caso de las partes en un convenio). *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, 11a. ed., Porrúa, 1999, p. 384.

³ *Vid.* De Oliveira Ascensão, José, “Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e otras relativas à informação e a gestão dos direitos” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 84.

⁴ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson / Sweet & Maxwell, 2007, p. 402.

⁵ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 219.

Cfr. también Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 39 y 40.

propósito no afectar en demasía los intereses del público y de los empresarios⁶. Toda vez que los derechos de explotación son derechos exclusivos que permiten a su titular controlar los usos de la obra, existen circunstancias en las que se considera que el titular no debe tener tal control sobre ciertos elementos de las obras o respecto de determinadas utilizaciones de la misma.

En este sentido, nos explica lo siguiente la Dra. Begoña Ribera:

El legislador es quien, por un lado, debe proteger a los autores y artistas reconociéndoles un derecho absoluto como recompensa de su esfuerzo creador y de esta forma incentivar la creación de nuevas obras, pero, por otro lado, no puede ignorarse que el autor trabaja en el seno de una comunidad que ésta ha participado al menos de forma pasiva en la creación de la obra, de modo que es lógico que exija ciertos derechos respecto de ella. (...) Así, el Estado también debe velar por los intereses de la colectividad y, en ese sentido, se encuentra habilitado para intervenir en la explotación de la obra. Por tanto, el derecho exclusivo del creador sobre el producto de su inteligencia encuentra sus límites en las necesidades de la sociedad⁷.

Por su parte, la jurista colombiana, Sofía Rodríguez, indica:

El derecho de autor no es un derecho absoluto. Al igual que los otros derechos, también está sometido a ciertos límites que garantizan prerrogativas no menos significativas, que impiden considerar al autor como el único protagonista en un ámbito en el que se encuentra aislado con una creación que le pertenece. El punto esencial de la creación radica precisamente en la posibilidad de compartirla y de que existan unos destinatarios capaces de disfrutarla⁸.

De ahí que Ginsburg y Ricketson afirmen que, incluso en los países con el más vigoroso de los compromisos hacia los derechos de los autores, se reconoce la necesidad de las restricciones y los límites a esos derechos⁹. En igual sentido, Silke Von Lewinski indica que los derechos de autor no son y nunca han sido derechos ilimitados¹⁰, mientras que

⁶ Sobre esta triada de intereses presentes en las limitaciones a los derechos de autor, Pierre Sirinelli explica: “Cada uno de los sistemas jurídicos existentes se ha elaborado buscando un equilibrio entre tres fines de carácter social. Primero la preocupación por asegurar al autor una recompensa o medios de subsistencia puesto que a él le pertenece lógicamente el derecho de ser propietario del producto de su trabajo y ello tanto más cuanto que en esta cuestión la obra lleva la huella de su personalidad; (...). Segundo, existe también el deseo de asegurar la protección de las inversiones realizadas, preocupación no tan fuerte como la anterior pero que existe y no se puede eludir. Por último, hay que tener en cuenta un tercer objetivo que es la defensa del interés público, preocupación que por otra parte cubre las realidades diferentes y en evolución pero que es necesario tener en cuenta y que es la proclamación actual de la satisfacción de las necesidades de los usuarios”. Sirinelli, Pierre, “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, estudio presentado en el taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 10.

⁷ Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 238.

⁸ Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 61.

⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, vol. I, p. 756.

Respecto de esta cuestión en el Convenio de Berna, *vid.* Ficsor, Mihály, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, Bogotá, trad. Sofía Rodríguez Moreno, UNESCO / CERLALC / Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2008, p. 23.

¹⁰ Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 152.

López Maza nos dice que, desde el principio, los derechos de autor no sólo han tenido una dimensión individual, sino también una dimensión social, que lo lleva al titular a soportar ciertas limitaciones sobre sus derechos¹¹.

Así las cosas, en un primer acercamiento de carácter provisional y en términos generales, puede entenderse que hay un *límite* a los derechos de explotación cuando el marco jurídico impone un *obstáculo* a la discrecionalidad en el control de las obras. Delgado Porras clasifica tales límites en: limitaciones impropias y propias¹².

Las *limitaciones impropias* operan en las relaciones entre autores y empresarios, como sería el caso, por ejemplo, de la “presunción de cesión” de derechos de explotación¹³. En nuestra LFDA, las presunciones de cesión que se establecen en favor de los empresarios se circunscriben a la obra por encargo, la obra creada bajo relación laboral (incluyendo la hipótesis particular de los programas de cómputo) y la producción audiovisual¹⁴.

En cambio, las *limitaciones propias* se refieren a la configuración que, en sí mismo, tiene el derecho de explotación, así como también hacen referencia a sus excepciones¹⁵. De esta forma, y a su vez, las limitaciones propias pueden subdividirse en límites inherentes y en excepciones¹⁶. Los *límites inherentes* se refieren al contenido mismo de los derechos de autor, siendo “límites que resultan de la propia definición del derecho de autor”¹⁷; es decir,

¹¹ López Maza, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, Comares, 2009, p. 3.

¹² Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, p. 40.

¹³ *Idem*; Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 40 Bis” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 3a. ed., Tecnos, 2007, pp. 692 y 693.

¹⁴ *Cfr.*, principalmente, los aa. 83, 84 y 97 de la LFDA.

Esto ha sido claramente reconocido por el Pleno de la SCJN en su sentencia de 16 de abril de 2007 (contradicción de tesis 25/2005), al afirmar que: “la presunción legal de cesión, se trata simplemente de casos en donde la ley respectiva establece, salvo pacto en contrario, una presunción legal de titularidad de los derechos patrimoniales a favor de la persona que ha producido o comisionado la realización de una obra determinada, tal como podría ser el caso de los derechos sobre las obras audiovisuales reconocidos *a priori* en favor de los productores respectivos, o bien aquellas obras creadas al amparo de la figura de obra hecha por encargo o inclusive, en algunos otros casos, las obras producto de una relación laboral”. *Cfr.* las pp. 28 y 29 de esa ejecutoria.

¹⁵ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 40, 45 y 46.

¹⁶ Bercovitz, Alberto, “Límites al derecho de autor” en VV.AA., *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera / Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama / Fundación Arte y Derecho, 2006, pp. 85 y 86.

Siendo más precisos, este autor menciona una tercera clase de límites: la forma de *ejercicio* del derecho (por ejemplo, la prohibición de uso abusivo sería un límite de este tipo). *Cfr. Ibidem*, p. 86.

De hecho, como bien señala Hugenholtz, el uso abusivo del derecho (entre otras figuras), constituye un límite proveniente de fuera del sistema de derechos de autor. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, “Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?”, Ponencia presentada en la conferencia IFLA / IMPRIMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, p. 8.

¹⁷ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 85 y 86.

Nos encontramos frente a aquellos límites que la doctrina civilista llama “naturales”, y son los que “derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica o social que a través de él se trata de realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esta naturaleza y la definición legal implica ya el establecimiento de sus linderos o confines”. Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

En el mismo sentido, *cfr.* Rogel Vide, Carlos, “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 166.

nos dicen hasta dónde llegan los derechos de autor desde el inicio. Mientras que las llamadas *excepciones* son las que

la propia legislación de Derecho de autor establece para permitir determinados actos realizados por los terceros que, si no estuvieran permitidas por la propia ley, constituirían una violación del derecho exclusivo del autor¹⁸.

Sobre las clases de obstáculos (límites) que se imponen al control discrecional de las obras, y sobre las delimitaciones conceptuales (y de nomenclatura) sobre el particular, profundizamos en el siguiente apartado.

Hasta aquí ya hemos visto que existe un fenómeno jurídico consistente en establecer “límites” a los derechos de explotación, y que tal fenómeno tiene su antecedente inmediato en las complejas relaciones que suelen darse entre autores, empresarios y público. La pregunta que debemos formularnos ahora es: ¿qué justificaciones se han dado para establecer esos límites?

Como bien afirma Vigo¹⁹, todo límite a un derecho subjetivo (en general) debe estar apoyado en razones o fundamentos que, en última instancia, remiten a consideraciones axiológicas. En este sentido y dentro de la materia que ahora nos ocupa, Guibault²⁰ indica que las justificaciones detrás de los límites a los derechos de explotación en general (y particularmente, detrás de lo que nosotros llamaremos “restricciones”) son cuatro: (a) protección de derechos fundamentales, (b) prácticas industriales y regulación de la competencia, (c) difusión del conocimiento, y (d) fallas del mercado. A continuación, abordaremos cada una de esas pretendidas justificaciones de las restricciones a los derechos de explotación²¹.

1.1.- Protección de derechos fundamentales.

Bajo ciertas circunstancias se puede generar tensión entre los derechos de explotación y los derechos fundamentales del público usuario de obras²², abarcando situaciones que

¹⁸ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 86.

¹⁹ Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 254.

²⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 27 y 28.

²¹ Hugenoltz da una clasificación diferente, encontrando tres clases de restricciones a los derechos de explotación: (a) las que se basan en derechos fundamentales, (b) las que se basan en el interés público, y (c) las que se basan en fallas del mercado. *Cfr.* Hugenoltz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, pp. 11 a 14.

Asimismo, *cfr.* Gómez Madrigal, Laura Sofía, “Limitaciones a los derechos de autor” en Solorio Pérez, Óscar Javier (coord.), *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, p. 134; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 35; y Vázquez López, Víctor, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 296.

Dado que la clasificación de Guibault es más detallada y precisa, será la que seguiremos a continuación.

²² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 28; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2005, p. 31.

Nos referimos aquí a una colisión a nivel normativo, ya que en algunos casos lo que ordena una norma jurídica puede contradecirse con lo que señala otra norma.

involucran desde el derecho a la información²³, hasta el derecho de acceso a la cultura²⁴ pasando por el derecho a la educación²⁵. Dentro de este tipo de restricciones basadas en derechos fundamentales, podemos mencionar las relativas a noticias de actualidad, a la crítica, a fines académicos y de investigación, la parodia, etc²⁶.

En este sentido, Lepage afirma lo siguiente respecto de las restricciones que tienden a proteger derechos fundamentales: “En este supuesto, las limitaciones al derecho de autor son la garantía de una sociedad democrática. Son por lo tanto esenciales y deben preservarse, tanto en el mundo analógico como en el digital”²⁷.

1.2.- Prácticas industriales y regulación de la competencia.

Durante años, según advierte Guibault, se han adoptado ciertos límites a los derechos de autor para reflejar o regular alguna práctica de la industria. Muchos de estos límites buscan facilitar la comercialización de obras (por ejemplo, la grabación efímera por organismos de radiodifusión), mientras que otros pretenden regular la competencia en algún sector (como las licencias obligatorias para la radiodifusión)²⁸.

Se observa que, en estos casos nos encontramos, principalmente, ante razones de orden práctico²⁹, lo cual no tiene nada de raro pues, como indica Sirinelli³⁰, las restricciones a los derechos de autor pueden basarse tanto en razón de intereses de orden social como en fundamentos de orden práctico³¹.

1.3.- Difusión del conocimiento.

Con el fin de promover la difusión de información y conocimiento, se suelen establecer ciertas restricciones al derecho de explotación relativas a instituciones de educación, bibliotecas públicas y archivos³². Sobre el particular, nos refiere Anne Lepage:

²³ Cfr. Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 109 y ss.

²⁴ Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 177; y Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 64.

²⁵ Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 137.

²⁶ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 12.

²⁷ Lepage, Anne, “Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2003, p. 4.

En igual sentido, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 36.

²⁸ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 56.

²⁹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, p. 5.

³⁰ Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 25.

³¹ En igual sentido, encontramos que Caballero afirma lo siguiente: “De allí que la existencia de tales límites a los derechos patrimoniales de autor atiendan a razones prácticas derivadas de las nuevas tecnologías, así como a manifestaciones de interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, de la docencia, de la información y del entretenimiento, entre otras”. Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 19.

³² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 69.

Vid. también Belder, Lucky, “Introduction: human rights as restrictions to intellectual property rights” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 176.

En esta categoría, las limitaciones al derecho de autor encuentran su justificación en las necesidades de la sociedad que se manifiestan a través de las bibliotecas, los museos, el sistema escolar, los archivos, etc... Determinados usos de las obras no están incluidos en el monopolio del titular de los derechos, debido a que la sociedad necesita poder acceder a las obras libre y gratuitamente³³.

1.4.- Fallas del mercado.

Esta justificación es una doctrina creada y aplicada, principalmente, en los EUA, a la luz del análisis económico del derecho surgido de la escuela de Chicago³⁴. Cuando hay fallas en el mercado, se justifica limitar el control de las obras en ese mercado, según postula esta doctrina.

Posner y Landes nos explican la principal falla que suele presentarse en el mercado: los *costos de transacción*. Cuando los costos de celebrar un acuerdo voluntario entre el usuario de la obra y el titular del derecho de explotación son mayores a los posibles beneficios, no es redituable que las partes lleguen a acuerdo sobre el uso de la obra (el costo de la licencia es prohibitivo en relación con los beneficios)³⁵. En estos casos, la utilización de la obra se vuelve libre y gratuita ante la falla del mercado.

Otra falla de mercado que sirve para justificar las restricciones a los derechos de explotación es la *no rivalidad* de las obras. En efecto, un bien presenta esta característica de la no rivalidad, cuando su consumo por una persona no impide su consumo por otra (por ejemplo, una misma obra musical puede ser escuchada al mismo tiempo en diferentes lugares y por diversos individuos); al crear un poder de control sobre las obras, su acceso se vuelve más oneroso, lo que se traduce en una subutilización de las creaciones. Por lo tanto, mucha protección a las obras implica una afectación al bienestar de los consumidores y una disminución en la creación de nuevas obras. Así, según esta concepción, las restricciones a los derechos autorales son el resultado de un arbitraje legislativo entre el estímulo y recompensa por crear una obra, por un lado, y la diseminación de obras entre consumidores y nuevos autores, por el otro lado³⁶.

1.5.- Recapitulación y valoración.

De las justificaciones que se suelen dar a las restricciones a los derechos de explotación (y de los límites en general), podemos extraer algunas conclusiones provisionales. La primera es que esas justificaciones no necesariamente se excluyen mutuamente, ya que, por ejemplo, las restricciones destinadas a la difusión del conocimiento pueden perfectamente reconducirse en términos de derechos fundamentales (derechos a la información, a la educación y a la cultura), por lo que la justificación relativa a la difusión del conocimiento es, al mismo tiempo, una justificación de protección a derechos fundamentales. Asimismo,

³³ Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 5.

³⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 78 y 79; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Ganada, 2a. ed., Comares, 2003, pp. 402 y 403.

Dicha corriente de pensamiento económico derivó en la llamada doctrina neoclásica o maximalista de los derechos de autor, la cual analizamos *infra* en el apartado 4.1 del capítulo quinto de la presente investigación.

³⁵ Landes, William M., y Posner, Richard A., *The economic structure of intellectual property law*, EUA, Harvard University Press, 2003, pp. 115 y 116.

³⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 83.

podemos encontrar que algunas restricciones pueden encontrar sustento tanto en una justificación de derechos fundamentales como en una de falla del mercado, como es el caso de la copia privada, la cual puede ser fundamentada tanto a la luz del derecho a la cultura y del derecho a la intimidad, como a la luz de una falla de mercado (altos costos de transacción para obtener una licencia con el fin de hacer una copia privada).

Una segunda conclusión, es que no todas las justificaciones tienen la misma fuerza (e incluso tampoco la misma legitimidad) para restringir un derecho de autor³⁷. En efecto, una justificación de derechos fundamentales tiene mayor contundencia para restringir el derecho de explotación que una mera práctica de mercado (que no necesariamente puede tener la fuerza suficiente para justificar la restricción a un derecho de autor, máxime cuando una restricción no justificada puede implicar una violación del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y, por lo tanto, no cumplir con el principio de proporcionalidad³⁸). Lo mismo puede decirse respecto de la justificación basada en las fallas de mercado, pues una mera falla de este tipo no es, *per se*, razón suficiente para restringir un derecho de explotación, máxime cuando está de por medio el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral. Así, podemos afirmar que hay justificaciones *débiles*.

Una tercera conclusión consiste en que no todas las justificaciones de las restricciones a los derechos de explotación son aplicables a todos los sistemas jurídicos. Particularmente, la justificación de las fallas del mercado no tiene mucha cabida en sistemas jurídicos como el mexicano. Efectivamente, como bien explica Guibault³⁹, argumentos de este tipo rara vez son aplicables en los sistemas de *droit d'auteur*, a tal grado que los jueces y legisladores continentales nunca se han basado expresamente en argumentos de tal clase para interpretar, aplicar o modificar las reglas de los derechos de autor.

Por lo tanto, recapitulando estas conclusiones, se puede afirmar que la *justificación más importante* de las restricciones (y límites, en general) a los derechos de explotación, es la relativa a la protección de los derechos fundamentales. Lo anterior en virtud de que la justificación de las fallas de mercado no es aplicable a nuestro sistema (y en caso de que lo fuera, sería una justificación débil); la justificación de la difusión del conocimiento es, en realidad, una justificación que tiende a la protección de derechos fundamentales (o de valores constitucionales, si se quiere), de ahí su fuerza; y la justificación relativa a las prácticas industriales y regulación de la competencia es, en esencia, débil (sólo tendrá una mayor fuerza cuando exista detrás de la respectiva justificación un verdadero interés público de salvaguarda del sistema competitivo, y en tal caso, estaremos ante un argumento reconducible a la cuestión de los derechos fundamentales, en tanto la libre competencia es un valor constitucional).

Por tales razones, coincidimos con Senftleben cuando afirma que, básicamente, los límites a los derechos de autor descansan, sobre todo, en la defensa de las libertades y derechos fundamentales⁴⁰.

³⁷ En este sentido, Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 1.

³⁸ Sobre esto ahondamos en el último capítulo de la presente investigación. En relación al principio de proporcionalidad en general, *vid.* el apartado 5 del capítulo primero.

³⁹ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 78.

⁴⁰ Senftleben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 23.

De igual forma, Hugenholtz considera que las restricciones basadas en derechos fundamentales son las primeras y más importantes. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 11.

En virtud de lo anterior, en la presente investigación nos enfocaremos principalmente a la cuestión de los derechos fundamentales como justificación de las restricciones a los derechos de explotación.

2.- La figura de las restricciones al derecho de explotación.

En forma provisional y para realizar un primer acercamiento al tema, en el apartado anterior definimos al *límite* de los derechos de explotación como todo *obstáculo* a la discrecionalidad en el control de las obras que tiene el titular de tales derechos. Como se pudo apreciar, estamos ante una noción muy amplia que abarca varias cosas, desde el alcance intrínseco del propio derecho de explotación hasta sus restricciones propiamente dichas. Corresponde ahora analizar las diversas figuras que han sido catalogadas como límites a los derechos de explotación, para poder ubicar dentro de ellas a las *restricciones* (y por tanto, diferenciar estas últimas respecto de los otros límites).

Dejando a un lado las llamadas limitaciones impropias (aquellas que el legislador establece para beneficiar a los empresarios o explotadores de obras), los límites más comunes a los derechos de explotación son los siguientes:

a) Límites naturales o inherentes.- Como ya vimos, se refieren al contorno y alcance propio de los derechos de explotación, incluyendo cuestiones como su duración, su objeto de tutela (no protección de las ideas, por ejemplo), el agotamiento de la facultad de distribución, etc. Aunque buena parte de la doctrina incluye a estas cuestiones como “límites a los derechos de autor” y, además, encuadran en nuestra definición amplia y temporal de “límite” (por ser ámbitos donde no se puede ejercer el poder discrecional derivado del derecho de explotación), estamos, más bien, frente al área o perímetro de protección que abarca el derecho de explotación, es decir, su alcance propio y extensión natural. Por tanto, estos límites inherentes nos informan hasta dónde llega ese derecho, o sea, cómo está configurado desde su nacimiento⁴¹. De esta forma, tales límites se refieren a cuestiones que, *ab initio*, están fuera del ámbito de protección del *ius prohibendi* del derecho de explotación.

b) Restricciones simples.- Se presentan en casos en que, a pesar de que cierto uso de una obra está incluido dentro del ámbito de protección del *ius prohibendi*, el sistema jurídico crea una “excepción” que faculta al público para realizar ese uso *sin pedir autorización y sin tener que pagar remuneración alguna*⁴². A esta figura se le suele llamar “uso libres y

En el mismo sentido, Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 465.

Vid. también Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 24, p. 64; y Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 296.

⁴¹ Bien expresa Sara Martín que los límites inherentes son la “demarcación” de la posición jurídica del titular, fijando hasta dónde llega ese poder (se trata de los *unechte Schranken* de la doctrina alemana). *Cfr.* Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004, p. 57.

Asimismo, *vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

⁴² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 21; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 222; Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 72; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Como con acierto apunta Rogel Vide: “Los derechos de explotación de los autores están sometidos a límites que permiten cierto ejercicio, ciertos usos por los terceros, sin autorización de aquéllos, que no constituyen infracciones de los derechos de referencia”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 16, p. 171.

gratuitos”, “excepciones”, “limitaciones”, “restricciones”, etc. A nuestro entender, lo más adecuado es utilizar la expresión “restricción”, como explicamos en el siguiente apartado.

Así por ejemplo, el a. 27, fr. I, de la LFDA permite al titular del derecho de explotación, en principio, controlar todo acto de reproducción de una obra (lo que se traduce en una prohibición general oponible *erga omnes* de no reproducir la obra si no se tiene autorización del titular); sin embargo, el a. 148, fr. IV, de la misma ley, limita, o mejor dicho, restringe ese derecho de explotación, pues al consentir la realización de copias privadas está *permitiendo* una conducta que el a. 27 *prohibía*. De ahí que el derecho de explotación, en su configuración *prima facie*, es restringido por el legislador, por lo que tal derecho no puede ser usado para controlar la realización de copias privadas.

En este sentido, la figura en estudio nos es explicada por Alberto Bercovitz del siguiente modo: “La excepción al derecho exclusivo del autor consiste en todo caso en la disposición que permite a los terceros hacer un uso de la obra protegida sin la autorización del titular del derecho”⁴³. Por su parte, Serrano Migallón indica: “Las limitaciones al derecho patrimonial de autor, son un conjunto de condiciones permisivas que eliminan el requerimiento de autorización al titular y de la remuneración por su uso”⁴⁴. Hay una verdadera intromisión en el derecho de autor desde fuera de él⁴⁵.

Estas restricciones simples son las que más abundan en nuestra LFDA, y pueden encontrarse, principalmente, en el a. 148 de esa ley.

Las restricciones más comunes en las leyes de la corriente del *droit d’auteur* son el derecho de cita, la copia privada, las reproducciones para la crítica y el análisis, las reproducciones con fines de investigación, las reproducciones para facilitar los procedimientos administrativos o judiciales, por sólo señalar algunas⁴⁶. Estas (y otras) restricciones son analizadas más a fondo en el presente capítulo (*infra* apartado 8).

Desde luego, y sin que esto resulte sorprendente, lo más común es que los “titulares de derechos se han opuesto con frecuencia a las excepciones al derecho de autor, (...) mientras que, por el contrario, los usuarios son en general partidarios de las excepciones”⁴⁷.

c) Restricciones acompañadas de un derecho de remuneración (licencias legales).- Se refieren a situaciones en la que se permite el uso libre de una obra (sin autorización), más no en forma gratuita, ya que suelen prever ciertos mecanismos para que el autor obtenga una remuneración equitativa⁴⁸. A esta figura comúnmente se le llama “licencia legal”, respecto de la cual Lipszyc nos brinda la siguiente definición:

⁴³ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 92.

⁴⁴ Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 1998, p. 164.

De igual forma, Baylos nos dice que se trata de “una serie de supuestos que, por diversas razones se encuentran excluidos de la facultad del autor de permitir o denegar su autorización para la explotación de la obra y en la que ésta se declara libre, sin necesidad de su consentimiento”. Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 1993, p. 587.

⁴⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 57 y 58.

⁴⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 21.

⁴⁷ Sullivan, Judith, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 11 a 13 de septiembre de 2006, p. 118.

⁴⁸ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Las licencias legales, también llamadas licencias estatutarias (siguiendo la denominación inglesa “*statutory license*”), son autorizaciones otorgadas por la ley para usar una obra protegida por el derecho de autor, de una manera determinada y en ciertas condiciones, *mediante el pago de una retribución* al titular del derecho de autor. La retribución es fijada por la norma legal, por la autoridad de aplicación de la ley o por autoridad judicial, según los casos⁴⁹.

Estamos ante una verdadera restricción al derecho de explotación, ya que un uso que en principio está cubierto por el *ius prohibendi*, queda autorizado al público por disposición legal (como también sucede en las restricciones simples). Sin embargo, y a diferencia de las restricciones simples, aquí el autor no queda en total desamparo, pues se le da la posibilidad de cobrar ciertas cantidades de dinero como consecuencia de este uso, lo cual se logra otorgándole un derecho de simple remuneración. Así, él no podrá controlar esos usos de la obra, pero sí cobrar determinados montos derivados de dicha utilización.

En términos llanos, lo que sucede es que se restringe el derecho de explotación, pero se concede un derecho de simple remuneración a cambio^{50, 51}.

En estas licencias legales se ha visto una tendencia de socialización del derecho de autor y de erosión de los derechos exclusivos de los creadores⁵². Empero, dicha institución ha generado muchas críticas, como por ejemplo, que el monto de la remuneración fijado por las autoridades suele ser muy bajo, y que se deja al autor sin posibilidad de negociación para intentar obtener una retribución más alta⁵³.

Cfr. también, Kur, Annette, “Of oceans, islands and inland water – how much room for exceptions and limitations under the three-step test?”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-04, Alemania, 2008, pp. 12 y 13.

⁴⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 240.

Una explicación sobre la figura de la “licencia legal” puede encontrarse en Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IIJ-UNAM, 1998, p. 152.

En cambio, Geiger considera que es más correcto hablar de “excepción con remuneración” o “derecho de remuneración”, que de “licencia legal”. *Cfr.* Geiger, Christophe, “The role of the three-step test in adaptation of copyright law to the information society”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, enero-marzo 2007, p. 10.

⁵⁰ En este sentido, Hugenholtz indica: “Sometimes, limitations take on the form of statutory or compulsory license schemes. The exclusive right, then, is replaced by a right to equitable remuneration”. Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 3.

Esta idea es expresada por Villalba en otros términos, cuando indica que “el derecho exclusivo del autor queda limitado a un derecho de simple remuneración”. Villalba, Carlos A., “Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor”, Ponencia presentada en la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2004, p. 2.

⁵¹ Sobre el otorgamiento de derechos de remuneración como contrapartida a las restricciones de los derechos de explotación, *cfr.* Delgado Porras, Antonio, “La categoría de los ‘derechos de autor a una remuneración equitativa’” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, p. 223.

Sin embargo, cabe destacar –como se vio en el apartado 5.3.4 del capítulo segundo de la presente investigación– que los derechos de remuneración no son siempre correlatos a una restricción del derecho de explotación, sino que también pueden presentarse como consecuencia de inexistencia de derecho de explotación (por ejemplo, por haberse agotado), por transferencia del derecho de explotación, etc. *Cfr. ibidem*, pp. 223 y 224.

⁵² Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 16 y 17; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23.

⁵³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23.

Aparentemente, en nuestro país no existe, de momento, ninguna licencia legal en materia de derechos de autor⁵⁴. El a. 40 de la LFDA intentó regular el derecho de remuneración por copia privada, pero el resultado fue tan desafortunado que, al final, lo que contempla esa disposición no es nada cercano a una licencia legal. Asimismo, dada la poco clara redacción del a. 149 de la misma ley, se ha llegado a argumentar que dicho numeral prevé diversas licencias legales. Sobre ambos casos profundizamos más adelante.

En el ámbito comparado, las licencias legales más comunes son la remuneración por copia privada, por inacción de herederos o derechohabientes, etc⁵⁵.

d) Licencias obligatorias.- Son aquellas en donde la administración pública (o en algunos casos, otras entidades) se subroga en la voluntad del titular del derecho de explotación y concede, a cierta persona, una autorización para realizar un determinado uso de una obra protegida, teniendo esta última persona la obligación de pagar una retribución al titular del derecho de explotación. Sobre el particular, nos refiere Lipszyc:

Las licencias obligatorias, también llamadas licencias compulsorias siguiendo la denominación inglesa “*compulsory license*”), son aquellas que la autoridad competente o la sociedad de gestión de derechos de autor –según quien sea la encargada de ello– han de conceder obligatoriamente, sin perjuicio de la obligación de pago por parte del usuario de las tarifas vigentes (convenidas entre esta sociedad de gestión y las cámaras de los usuarios o en su defecto, fijadas por la autoridad competente).

Estas licencias se otorgan previa solicitud de concesión formal o, al menos, de una notificación al titular del derecho de autor o a la sociedad de gestión colectiva que lo representa⁵⁶.

A veces se suele confundir a las licencias obligatorias con las licencias legales, sin embargo se trata de figuras muy diferentes, pues en la licencia obligatoria encontramos que *se fuerza* al titular de derechos a contratar con el usuario (quien no tiene un derecho previo a usar la obra), mientras que en la licencia legal el usuario ya tiene, automáticamente y por disposición de la ley, esa autorización para usar la obra, quedando pendiente sólo el cubrir la remuneración por el uso⁵⁷.

El Convenio de Berna sólo permite dos clases de licencias obligatorias: una en materia de radiodifusión (a. 11 Bis.2) y otra en materia de reproducción mecánica de grabaciones de obras musicales (a. 13.1). Asimismo, el Anexo del Convenio de Berna permite, únicamente a los países en vías de desarrollo, implementar licencias obligatorias de traducción (a. II) y de reproducción (a. III).

De igual forma, la Convención Universal sobre Derecho de Autor contempla un régimen similar de licencias obligatorias para los países en desarrollo (aa. V Bis, V Ter y V Quater), además de una licencia obligatoria para traducciones (a. V.2).

⁵⁴ Misma conclusión es expuesta por Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 135.

Aunque sí encontramos una licencia de este tipo en materia de derechos conexos, concretamente en el caso de comunicación pública directa de fonogramas (a. 133 LFDA).

⁵⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 241 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23. De ahí que, acertadamente, esta autora afirme que la licencia obligatoria es una limitación que opera en la libertad del titular del derecho de explotación para elegir a su parte contratante (licenciataria).

Asimismo, *vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

En cuanto a México, por alguna extraña razón, nuestra ley llama “limitación por causa de utilidad pública” a las licencias obligatorias⁵⁸, cuando, en realidad, también la mayor parte de las restricciones al derecho de explotación son “limitaciones por causa de utilidad pública”.

La licencia obligatoria está regulada en la LFDA en los siguientes términos:

Artículo 147.- Se considera de utilidad pública la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción mencionada. Lo anterior será sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.

e) La gestión colectiva de derechos.- En primera instancia, puede sonar chocante que la gestión colectiva opere como un límite a los derechos de explotación, cuando su propósito fundamental es el pleno y eficiente ejercicio de esos derechos⁵⁹. Sin embargo, cuando un autor decide someter sus derechos a la modalidad de gestión colectiva, pierde el control de los mismos y es una sociedad de gestión colectiva quien ahora los ejercerá⁶⁰; y las sociedades de gestión no pueden ejercer esos derechos en forma tan discrecional, como si fueran los autores o titulares de los derechos, ya que la ley les pone una serie de límites, por ejemplo, la obligación de no negarse a contratar con un usuario que solicite una licencia⁶¹, dar las mismas tarifas a todos los usuarios⁶² (lo que merma su capacidad de negociación), etc.

De hecho, las sociedades de gestión celebran licencias masivas, las cuales tienen efectos económicos muy similares a los que producen las licencias obligatorias⁶³. Esto en virtud de que el usuario no puede recibir una negativa a contratar (como sí sería más factible si el control del derecho estuviera en manos del autor), y los montos de las licencias (regalías contractuales) no pueden ser fijados arbitrariamente, ni ser muy altos.

Así las cosas, es evidente que mientras en el régimen de gestión individual de derechos se tiene más control y discrecionalidad en el ejercicio de los derechos de explotación, cuando estos derechos son sometidos al régimen de gestión colectiva se produce un *límite*, en cuanto a ciertas decisiones sobre cómo ejercerlos. Esto se acentúa en

⁵⁸ Cfr. la denominación del capítulo I del título VI de la LFDA.

⁵⁹ De hecho, el Glosario de la OMPI omite, en esta sede, mención a la gestión colectiva, y sólo señala como las principales de limitaciones del derecho de autor a tres: la libre utilización, las licencias obligatorias y las licencias voluntarias. Cfr. VV.AA., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 147.

⁶⁰ Por ejemplo, el tercer párrafo del a. 195 de la LFDA indica que: “cuando los socios hayan dado mandato a las sociedades de gestión colectiva, no podrán efectuar el cobro de las regalías por sí mismos, a menos que lo revoquen”.

⁶¹ Vid. a. 203, fr. VI, de la LFDA.

Desde luego, obligaciones de este tipo también pueden desprenderse del régimen jurídico de defensa de la competencia.

⁶² Vid. a. 203, fr. V, de la LFDA.

⁶³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 26.

algunos países en los que el ejercicio de determinados derechos (o de ciertas modalidades) es de gestión colectiva obligatoria⁶⁴.

Una vez analizada la clasificación de los límites (obstáculos) a los derechos de explotación, hemos de circunscribir el objeto de la presente investigación únicamente a las *restricciones* (simples o acompañadas de un derecho de remuneración), por lo que dejaremos fuera a los llamados límites inherentes, a las licencias obligatorias⁶⁵ y a la gestión colectiva⁶⁶.

Esto en virtud de que la esencia de las restricciones simples y las licencias legales es la misma: una *merma o menoscabo del derecho de explotación*. Eso es lo que tienen en común esas figuras, y lo que nos permite clasificarlas conjuntamente bajo el rubro de “restricciones”

Así las cosas, estas restricciones se caracterizan porque permiten la realización de ciertos actos que, si no existieran tales restricciones, serían considerados como violaciones al derecho de explotación⁶⁷. El que las restricciones sean gratuitas o remuneradas, es algo accesorio a su verdadera naturaleza jurídica, la cual consiste en una disminución al derecho de explotación *prima facie*.

Por tal razón, Villalba nos reitera que lo importante es la falta de autorización del titular del derecho de explotación, ya que:

las limitaciones –o excepciones– del derecho de autor operan como una suerte de válvula de seguridad al instituir determinados casos en los que se puede utilizar la obra sin autorización y sin pagar, o sin autorización pero abonando una remuneración⁶⁸.

⁶⁴ Por ejemplo, el a. 25 de la legislación autoral húngara, o los aa. 25.8 y 90.7 de la ley española de propiedad intelectual.

De igual forma tenemos el a. 9 de la Directiva 93/83/EEC sobre los derechos de autor y derechos afines en materia de satélite y cable, de la Unión Europea. También como ejemplo, *cfr.* el a. 4º de la Directiva 92/100/EEC sobre los derechos de alquiler y préstamo.

⁶⁵ Aunque en algunos aspectos las licencias obligatorias son similares a las licencias legales (como el pago de una remuneración), dejamos fuera del presente estudio a las primeras, por no ser propiamente límites al derecho subjetivo en sí, sino más bien a su *ejercicio*. En tal sentido, *cfr.* Vela Treviño, Carlos A., “Concesión de licencias obligatorias en casos de abuso del derecho de autor en materia de bienes informacionales: explorando dos vías posibles para México” en Ojeda, Lucía, Roldán, José, y Santos, Luis, *Propiedad intelectual y competencia económica*, México, Porrúa / ITAM / ANADE, 2010, p. 204.

Esto se traduce en que mientras las licencias legales (dada su impersonalidad, generalidad y abstracción) surten efectos y beneficios *erga omnes*, las licencias obligatorias sólo benefician a la persona que la solicitó.

⁶⁶ Como explica Geiger, en la gestión colectiva el derecho de explotación, en sí mismo, sigue intacto, no es restringido o mermado, por lo que la gestión colectiva afecta, más bien, al ejercicio del derecho. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 10.

⁶⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 1.

Mientras que el jurista colombiano, Wilson Ríos, indica: “El derecho de autor parte del principio general y abstracto que establece que para que la utilización de toda obra (...) sea lícita, se debe contar con la autorización previa y expresa del autor o del titular de los respectivos derechos, pues de lo contrario dicha utilización puede ser catalogada como ilícita, a menos que esté amparada por lo que se ha denominado el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor”. Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, p. 109.

⁶⁸ Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

De igual forma, Alberto Bercovitz no encuentra problema alguno en conjuntar bajo una misma figura los usos no autorizados (pero lícitos), sean o no gratuitos, afirmando:

Pero en cualquier supuesto habrá que determinar si el uso que se permite sin autorización del titular del derecho de autor ha de ser gratuito o, por el contrario, si está sujeto a una compensación económica o remuneración⁶⁹.

Por lo tanto, y a lo largo del presente trabajo, utilizaremos el género “restricción” para referirnos a todas esas disminuciones que sufre el derecho de explotación, incluyendo como sus especies a las “restricciones simples” (cuando el uso no debe remunerarse) y a las “restricciones acompañadas de un derecho de remuneración o licencias legales” (cuando el uso debe pagarse).

3.- El debate terminológico: ¿límites, limitaciones, excepciones o restricciones?

En el apartado previo, dentro de los diversos límites a los derechos de autor, centramos nuestra atención en las restricciones al derecho de explotación (tanto simples como acompañadas de un derecho de remuneración), y vimos que no hay unanimidad sobre cómo denominar a esta institución jurídica.

Efectivamente, a la figura en estudio se le suele llamar de diversas maneras, siendo las expresiones más comunes: “excepciones”, “límites”, “limitaciones” y “restricciones”⁷⁰. Los principales tratados en la materia son un buen ejemplo de esta falta de uniformidad terminológica, pues utilizan esas expresiones de manera anárquica y poco precisa. Por ejemplo, el ADPIC usa los términos “limitaciones y excepciones” (a. 13), la Convención Universal sobre Derecho de Autor habla de “excepciones” en general (a. IV Bis.2 y V Bis) y de “restringir” el derecho de traducción (a. V.2), el TLCAN se refiere a “limitaciones o excepciones” (a. 1705.5), el TODA utiliza las expresiones “limitaciones y excepciones” (a. 10), etc.

Por su parte, nuestra LFDA habla de “límites” (a. 24) y “limitaciones” (título VI, capítulo II); mientras que su reglamento también utiliza la expresión “limitaciones” (a. 45 y, en general, el capítulo II del título V), aunque asimismo usa el vocablo “excepción” (a. 44).

Normalmente se suelen emplear todas esas expresiones como sinónimos (así parece que sucede con el grueso de las legislaciones)⁷¹, aunque posiblemente el término más aceptado es “excepción”, sobre todo porque es el que utilizan instrumentos como la Directiva de la Sociedad de la Información europea, así como varias legislaciones internas⁷².

⁶⁹ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 92.

⁷⁰ Aragón, Emilia, “Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones”, Ponencia presentada en el Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, OMPI / OEP / OEPM, Guatemala, 21 de octubre de 2004, p. 18; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 16; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 219; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 22.

⁷¹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 66.

Inclusive, esto queda de manifiesto en la definición que del término “limitación del derecho de autor” nos proporciona el *Glosario de la OMPI*: “Estas *limitaciones* (que a menudo se denominan ‘*excepciones*’) son disposiciones contenidas en las legislaciones de derechos de autor que *restringen* el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra” (énfasis añadido). *Cfr. op. cit.*, nota 59, p. 147.

⁷² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 16.

No obstante lo anterior, hay quienes han realizado distingos de carácter doctrinal entre los diversos términos ya mencionados⁷³. Por ejemplo, Ficsor utiliza la expresión “excepciones” para referirse a los usos libres y no remunerados de las obras (lo que nosotros llamamos “restricciones simples”), dado que su naturaleza es excepcional; en cambio, el término “límites” lo reserva para las licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias), dado que los derechos de autor se *limitan* a un mero derecho de remuneración⁷⁴.

Por su parte, Sara Martín Salamanca usa el vocablo “límite” para referirse a la demarcación del alcance del derecho de explotación (a los que en este capítulo llamamos “límites naturales o inherentes”), mientras que el término “limitación” lo identifica con la intervención o menoscabo al derecho de explotación (lo que nosotros llamamos “restricción simple”)⁷⁵.

Garrote se inclina por el uso del vocablo “excepción” estableciendo que el derecho de explotación es una regla general y cualquier derogación a este es una excepción. Mientras que el término “límites” lo reserva, al igual que Martín Salamanca, para los linderos del alcance del derecho de explotación (límites naturales); considerando que otras expresiones, tales como “limitaciones”, “restricciones”, “actos autorizados” o “libre utilización”, son útiles pero menos exactas⁷⁶.

Independientemente de las tendencias doctrinarias o de los usos comunes de las expresiones indicadas, conviene detenernos un poco para fijar una postura e intentar aterrizar un poco este debate (al menos, para poder avanzar en la presente investigación).

De entrada, hay que aclarar que las expresiones “límites”, “limitaciones” y “restricciones” se predicen respecto de los *derechos subjetivos*, mientras que el vocablo “excepciones” se predica, más bien, respecto de *normas* (*i.e.* se “limita” el derecho X, porque la norma Y es un caso de “excepción”). Por lo tanto, la contraposición entre “excepciones”, por un lado, y “límites”, “limitaciones” y “restricciones”, por el otro lado, es más bien aparente o ficticia, pues se trata de cuestiones aplicables a distintos objetos. Veamos.

Excepción se refiere a un tipo particular de norma: una norma de excepción (la cual se contrapone a las normas generales)⁷⁷; en cambio, los *límites*, *limitaciones* y *restricciones* se refieren a una afectación a un derecho subjetivo, como veremos a continuación. Así las

⁷³ Este fenómeno es destacado, entre otros, por Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 5 y 6; Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 56 a 58; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 27.

⁷⁴ Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 257.

Concuerda con esta postura, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Cfr. también Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 3; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 21; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 28.

⁷⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 57 y 58.

⁷⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 385.

⁷⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 10.

Sobre la noción de “ley o norma excepcional”, *cfr.* Guastini, Riccardo, “Analogía” (trad. Marina Gascón) en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 5a. ed., Porrúa / IJ-UNAM, 2003, p. 103.

En este sentido, cabe recordar el a. 11 del CCF, cuyo texto indica: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”.

cosas, de momento dejaremos a un lado la expresión “excepción”, y nos centraremos en “límites”, “limitaciones” y “restricciones”⁷⁸.

En este sentido, la oposición entre “límite” y “limitación” es también aparente y meramente lingüística, pues “limitación” es la acción y efecto de limitar⁷⁹; así, más que una diferencia conceptual entre “límite” y “limitación”, nos encontramos en realidad con palabras que se deben utilizar en forma diversa según el *contexto gramatical*.

Por lo tanto, al hablar de un derecho en sí, resulta adecuado utilizar la expresión “límite”, *i.e.* “el límite del derecho subjetivo”; en cambio, “limitación” se utilizará cuando nos refiramos al *efecto* de limitar un derecho –“el titular X no puede realizar tal conducta, dada la limitación a su derecho”– o al *acto* mismo de imponer el límite –“el legislador hizo una limitación de los derechos de propiedad”–.

Así las cosas, el verdadero *quid* del asunto es optar entre la expresión “límite” y la expresión “restricción”.

El decantarse por el uso del vocablo “restricción” o del vocablo “límite”, no es otra cosa más que tomar partido entre la teoría externa o la teoría interna en materia de restricciones a los derechos subjetivos⁸⁰. En este sentido, Borowski nos recuerda que el debate sobre las restricciones a los derechos subjetivos se ha dado, principalmente, en el ámbito del *derecho civil*, existiendo tanto una teoría interna como una teoría externa sobre el particular⁸¹.

De acuerdo con la *teoría externa* de las restricciones tenemos: (1) un derecho *prima facie*, (2) una restricción a ese derecho, y (3) como resultado se obtiene un derecho definitivo o restringido⁸². Por lo tanto, afirma Alexy:

Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*⁸³.

De esta forma, la teoría externa nos posibilita la reconstrucción de la colisión entre objetos normativos, particularmente entre derechos y bienes colectivos⁸⁴.

Por su parte, la *teoría interna* establece que, desde el inicio, sólo existe una cosa: un derecho con un contenido determinado. De ahí que se hable de límites “inmanentes” a los derechos, y que esta teoría sea conocida como la “teoría de los derechos no limitables” (el derecho tiene definido su alcance de antemano, por lo que su restricción es imposible e innecesaria)⁸⁵. Así, en la teoría interna, el “concepto de *restricción es sustituido por el de*

⁷⁸ Es ilustrativa la postura de Alexy cuando distingue entre *cláusula restrictiva* (se refiere a la norma) y *restricción* (se refiere a la afectación a un derecho). Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 277.

⁷⁹ VV.AA., *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 22a. ed., Real Academia Española / Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 1380. Y sólo en uso antiguo o anticuado, se hablaba de “limitación” como el lugar donde termina un territorio.

⁸⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 269.

⁸¹ Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 66.

⁸² *Ibidem*, pp. 66 y 67; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 19, p. 253.

⁸³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 268.

⁸⁴ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 81, p. 68.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 68 y 69; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 19, p. 253.

límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho deber ser o no limitado sino acerca de cuál es su contenido”⁸⁶ (énfasis añadido).

Por lo tanto, *la expresión “límite” es la adecuada a la luz de la teoría interna, mientras que el vocablo “restricción” es el correcto si nos adherimos a la teoría externa*. A continuación nos pronunciamos por la teoría que más nos convence.

En la *historia del derecho civil* se puede apreciar la pugna entre las teorías externa e interna, pues el derecho romano se aproximó más a la externa al contemplar el binomio derecho *prima facie* y restricción, mientras que el derecho germánico clásico se inclinó por la teoría externa⁸⁷. Corresponde ahora aterrizar, en sede de derechos de explotación, el debate general sobre las restricciones a los derechos subjetivos, es decir, responderemos a la cuestión de cuál teoría es la más adecuada en materia de derechos de explotación ¿la interna o la externa?

A nuestro entender, *la teoría adecuada es la externa*, pues no sólo es la que mejor explica el fenómeno, sino también la que lo hace más coherente. Para demostrar este punto, haremos una argumentación con base a la LFDA y otra con base al derecho internacional.

En la LFDA podemos encontrar el derecho de explotación en forma no restringida o *prima facie* en su a. 27; particularmente, en la fr. I de esa disposición veremos la facultad de reproducción *prima facie*, pues el titular del derecho puede autorizar o prohibir *todo* acto de reproducción de su obra. Empero, la fr. III del a. 148 de la misma ley contempla una restricción a ese derecho, pues permite la realización de reproducciones parciales de la obra con fines de crítica e investigación.

El binomio que predica la teoría externa es muy visible en la LFDA, pues mientras en el a. 27, fr. I, encontramos el derecho *prima facie*, en el a. 148, fr. III, encontramos la cláusula restrictiva de la que se desprende una restricción al derecho. El resultado es un derecho restringido, por virtud del cual su titular no podrá controlar la reproducción parcial de la obra con fines de crítica e investigación. Así, algo que en principio estaba protegido por el derecho subjetivo, por virtud de la restricción ya no lo está. Nos encontramos ante un derecho disminuido o reducido⁸⁸.

Por cuanto hace al derecho internacional, es más evidente la dualidad entre el derecho *prima facie* y sus restricciones, pues para los estados parte de diversos tratados resulta obligatorio regular el derecho *prima facie* de explotación, más no sucede lo mismo con las restricciones a ese derecho, pues tales restricciones suelen ser facultativas. Pongamos como ejemplo el a. 9 del Convenio de Berna, en cuyo primer párrafo se concede a los autores el llamado derecho de reproducción, pero en su segundo párrafo reserva a las legislaciones internas la *posibilidad* de restringir ese derecho de reproducción. Por lo tanto, mientras hay una armonización internacional respecto al derecho *prima facie*, no existe tal en lo concerniente a sus restricciones.

La consecuencia de esto es que, en todos los países de la Unión de Berna (y de la OMC), el derecho de reproducción está regulado en los más amplios términos (derecho *prima facie*), mientras que cada país impone las más diversas y variadas restricciones a ese derecho. Así, habrá estados que sólo establezcan unas pocas restricciones y otros que

⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 269.

⁸⁷ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 81, pp. 70 y 71.

⁸⁸ Claramente indica Borowski: “La restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho. Algo que es del contenido del derecho antes de su restricción deja de serlo luego de dicha restricción”. *Ibidem*, p. 69.

contemplan más; de manera que la cantidad y el contenido de las restricciones a los derechos de explotación varían significativamente de país en país⁸⁹. Por ende, a pesar de haber uniformidad en cuanto al derecho *prima facie*, no la hay respecto de sus restricciones.

Lo anterior nos demuestra que el derecho de explotación no puede concebirse como un derecho perfectamente delimitado desde su origen, sino más bien lo contrario: que a pesar de existir un mismo derecho de explotación en forma *prima facie*, tal derecho será objeto de diversas restricciones en diferentes países.

Por lo tanto, consideramos adecuada la teoría externa, y por consiguiente, más acertado el vocablo “restricción”, mismo que utilizaremos a lo largo de la presente investigación.

Una vez hecha esta aclaración terminológica, pasaremos al siguiente apartado con el fin de estudiar las dos grandes concepciones existentes respecto de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

4.- Sistemas abierto y cerrado de restricciones.

A nivel comparativo, existen dos grandes tendencias o sistemas de regulación de las restricciones a los derechos de explotación: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos⁹⁰.

En los países de tradición jurídica continental, las restricciones a los derechos de explotación se fijan en listados cerrados y se definen en forma estricta, al grado que deben interpretarse restrictivamente y no se pueden aplicar mediante analogía⁹¹. Como bien afirma Lipszyc, en estos países los derechos de explotación “no conocen más excepciones

⁸⁹ Como bien afirma Hugenholtz, si comparamos las restricciones reguladas en las diversas legislaciones internas, encontraremos una amplia variedad, desde el uso de obras por organizaciones agrícolas con fines no lucrativos (EUA) hasta la utilización de música en festejos matrimoniales (India), siendo que hay países que establecen largas listas de restricciones, mientras otros países sólo establecen una o ninguna restricción. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, pp. 2 y 3.

Sobre lo mismo, *vid.* Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 297.

Inclusive, la Directiva de la Sociedad de la Información establece más de 20 restricciones, pero sólo una es obligatoria y las demás optativas. *Cfr.* Aragón, Emilia, *op. cit.*, nota 70, p. 19.

⁹⁰ Buydens, Mireille, Dusollier, Séverine, y Pouillet, Yves, “Copyright and access to information in the digital environment”, estudio preparado para el Tercer Congreso UNESCO sobre los Retos Éticos, Legales y Sociales de las Infoéticas del Ciberespacio, París, 17 de julio de 2000, p. 10; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 5; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 22; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 19; Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 297.

⁹¹ Aragón, Emilia, *op. cit.*, nota 70, p. 19; Delgado Porras, Antonio, “Contraposición entre los sistemas de protección del derecho de autor y del *copyright*” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 361 (quien habla de “limitaciones tasadas”); Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 35; Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2010, p. 7; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 19.

que las establecidas por la ley, pues las limitaciones son específicas, a diferencia de los derechos, que son reconocidos con carácter genérico”⁹².

Así las cosas, en el sistema cerrado no habrán más restricciones que aquellas señaladas expresa y limitativamente por el legislador.

En cambio, el sistema abierto lo encontramos presente en los países del *common law*, principalmente en los EUA. En efecto, en el sistema del *copyright* los derechos se definen de manera limitada y están sujetos a defensas abiertas como el *fair use*, el *fair dealing* (en menor medida) o la *public policy*, que dejan a los jueces cierto espacio para resolver sobre si, algunos usos incontestados de obras, resultan o no violatorios de derechos⁹³.

En este tenor, indica Colombet lo siguiente respecto de la legislación de EUA:

La técnica legislativa usada en este caso parece menos precisa que en los demás países, pero ofrece una mayor flexibilidad por la apreciación que hace el juez acerca de la licitud de la reproducción o de su carácter prohibido. La Ley inglesa emplea también la noción de uso honrado de la obra si la reproducción se hiciese con un propósito de investigación o de estudio privado (art. 29-1), lo que constituye también una fórmula flexible cuya aplicación descansa sobre el justo criterio judicial⁹⁴.

Empero, y a pesar de ubicarse en el sistema abierto, en la *Copyright Act* de EUA vamos a encontrar restricciones muy concretas y específicas que operan sin perjuicio de la cláusula general de *fair use*. Incluso, en el caso del Reino Unido esto es más acentuado, ya que existen mayores restricciones en lo particular⁹⁵.

Finalmente, hay que señalar que el sistema abierto presenta como ventaja su flexibilidad, pero la desventaja que se le suele imputar, es su falta de previsibilidad y de seguridad jurídica⁹⁶. En cambio, la ventaja de los sistemas cerrados es su mayor previsibilidad, pero tienen como inconveniente su poca capacidad de adaptación⁹⁷.

Como veremos en este capítulo y en el siguiente, se debate actualmente sobre la pertinencia de que las legislaciones de *droit d’auteur* se acerquen más a un sistema abierto de restricciones.

Pasemos ahora a revisar cómo se fue consolidando el sistema cerrado de restricciones en los países que siguen la tradición jurídica europea continental.

⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 51.

⁹³ Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 293; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO / CINDOC, 1997, p. 66; Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 86 a 88; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 44; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 474, 475, 481 y 482; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 5; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 19; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 35.

El *Glosario de la OMPI* se pronuncia en términos semejantes. *Vid. op. cit.*, nota 59, pp. 112 y 114.

⁹⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 68 y 69.

⁹⁵ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 4.

De hecho, esta situación en el Reino Unido ha llevado a algunas personas –como Lepage– a considerar que tal país pertenece al sistema cerrado, afirmándose que: “El *fair dealing* se aproxima así al espíritu del *fair use* estadounidense, con la diferencia de que no constituye una limitación en sí misma al monopolio del autor, puesto que su aplicación está condicionada a una lista de excepciones expresamente definidas”. Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 7.

⁹⁶ Senfleben, Martin, “Fair use in the Netherlands – a renaissance”, *Tijdschrift voor auteurs, media en informatierecht (AMI)*, Países Bajos, vol. 33, núm. 1, 2009, p. 2; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 9 y 20; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 23; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, pp. 20 y 21.

⁹⁷ Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 9 y 10; y Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

5.- *Notas sobre la evolución histórica de las restricciones a los derechos de autor en los países neorromanistas.*

No pretendemos en el presente apartado realizar una historia general de las restricciones al derecho de explotación, sino sólo hacer algunas notas que nos permitan ver cómo fue evolucionando esta figura en los países de la familia jurídica neorromanista, para entender el estado de la cuestión –sobre todo en México– cuando en el Convenio de Berna se incorporó la regla de los tres pasos y cómo se consolidó una doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación (ambos temas a los que dedicamos los apartados subsecuentes del presente capítulo).

José de Oliveira Ascensão, destacado jurista portugués, nos refiere que siempre existió conciencia de los límites a los derechos de autor⁹⁸. Ya desde 1876, la entonces vigente ley autoral alemana contemplaba la posibilidad de hacer una copia de una obra de arte, siempre que no estuviera destinada a un uso de carácter comercial⁹⁹, lo que posiblemente es el antecedente legislativo más remoto de la copia privada. De igual forma, la ley holandesa de derechos de autor de 1912 permitía copiar obras para usos personales (a. 16)¹⁰⁰.

Poco a poco, durante la primera mitad del s. XX, los legisladores fueron incorporando a sus leyes casos en los que consideraban conveniente restringir los derechos de los autores en beneficio del público en general. Por ejemplo, la ley de derechos de autor de Austria de 1936, estableció como usos libres de las obras, los relativos al interés de la justicia y la administración (a. 41), las reproducciones para uso personal en número limitado (a. 42), compilaciones con fines didácticos (a. 45), entre otros¹⁰¹.

Por su parte, la legislación italiana de 1941 estableció, entre otras, las siguientes restricciones: reproducción de artículos de actualidad publicados en revistas o diarios – siempre que la reproducción no se prohibiera expresamente– (a. 65); discursos pronunciados en público (a. 66); reproducciones para uso personal hechas a mano o en fotocopidora, siempre que no sean idóneas para su venta al público (a. 68); resumen, cita y reproducción de fragmentos con fines críticos o didácticos (a. 69); las antologías para uso escolar mediante el pago de una remuneración equitativa al autor (a. 70), etc¹⁰².

Otro ejemplo lo encontramos en la ley autoral argentina de 1933, cuyo a. 27 permite la información periodística sobre discursos políticos y literarios y sobre conferencias acerca de temas intelectuales; mientras que el a. 10 de esta legislación se refiere al derecho de cita¹⁰³.

Desde 1957 se introdujo en la legislación francesa una disposición que permite la realización de copias de obras reservadas para el uso privado de la persona que las realizó

⁹⁸ De Oliveira Ascensão, José, “A função social do direito autoral e as limitações legais” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 91.

⁹⁹ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, “No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law”, *Berkeley technology law journal*, California, vol. 22, núm. 3, 2007, p. 1065.

¹⁰⁰ *Idem*; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 49 y 50.

¹⁰¹ Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, t. II, pp. 132 y 133.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 134 y 135.

¹⁰³ Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 353; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 101, pp. 136 a 138.

(lo que implica que no pueden ser realizadas por un tercero a cambio de una remuneración), siempre que no se destinen a un uso colectivo o lucrativo (a. 41)¹⁰⁴.

En México, los códigos civiles que regularon los derechos de autor no se ocuparon de regular las restricciones, sino que, en el mejor de los casos, sólo señalaron algunos supuestos de no protección, la duración de los derechos y la figura de la licencia obligatoria.

Fue la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948 la que introdujo ciertas restricciones a los derechos de explotación, como por ejemplo, el uso incidental o inevitable de obras en relación con acontecimiento de actualidad (a. 3.a); obras visibles desde lugares públicos (a. 3.b); y el uso de breves fragmentos con fines didácticos o científicos, crestomatías o con fines de crítica literaria o investigación científica (a. 3.c).

Asimismo, nuestra Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956 contempló como restricciones el uso de artículos de actualidad cuya reproducción no se hubiese prohibido expresamente (a. 7°); el empleo incidental o inevitable de obras en relativas a acontecimientos de actualidad (a. 15.a); obras visibles desde lugares públicos (a. 15.b); la utilización de breves fragmentos con fines didácticos o científicos, crestomatías o con fines de crítica literaria o investigación científica (a. 15.c); la copia manuscrita, fotostática, a máquina, fotográfica, en micropelícula o dibujada para uso exclusivo de quien la haga y sin fines de lucro (a. 15.d); etc. Esta ley, ampliando las disposiciones de su predecesora, contempló un capítulo IV al que intituló “De la limitación al derecho de autor”, el cual no contenía propiamente restricciones al derecho de explotación, sino más bien lo relativo a las licencias obligatorias.

En la versión reformada de esa ley (año 1963) se conservaron prácticamente las mismas restricciones.

Así las cosas, comparando las leyes de diversos países del mundo, podemos ver que, para mediados de la década de los sesenta, las restricciones más comunes al derecho de explotación eran: el derecho de cita, el uso incidental de obras para reportar acontecimientos de actualidad, la reproducción de artículos de prensa sobre eventos de actualidad, uso en libros de texto, el fotocopiado en bibliotecas, el uso personal con fines de estudio, la reproducción de obras ubicadas permanente en lugares públicos, el uso para publicitar la venta o exhibición de obras, las reproducciones con fines parlamentarios, judiciales y administrativos, entre otros¹⁰⁵. Sin embargo, también se observa que cada país fue incorporando diversas restricciones, según su propia ideología e ideosincronía, por lo que no había una línea clara a seguir¹⁰⁶.

En lo que se refiere al ámbito internacional, en 1967 se incluye la llamada *regla de los tres pasos* en el Convenio de Berna, misma que tendrá considerable impacto en la manera en que los estados regulan las restricciones al derecho de explotación, y sobre la cual profundizamos en el siguiente apartado. Esto en virtud de que, hasta antes de esa fecha, los tratados eran muy laxos en materia de restricciones, ya que otorgaban una amplia libertad en la materia a los estados parte¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 50.

¹⁰⁵ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 81.

¹⁰⁶ Okediji, Ruth, “Toward an international fair use doctrine”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 39, núm. 1, 2000, p. 99.

¹⁰⁷ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91.

Sin embargo, resulta interesante que la Convención Universal del Derecho de Autor, luego de su revisión de París en 1971, no adoptara una formulación similar al Convenio de Berna en cuanto a las restricciones al derecho de explotación, sino que en su a. IV Bis.2 optó por una fórmula aparentemente más flexible:

Artículo IV Bis

1) (...)

2) No obstante, cada Estado contratante podrá establecer en su legislación nacional excepciones a los derechos mencionados en el párrafo 1) del presente artículo, siempre que no sean contrarias al espíritu ni a las disposiciones de la presente Convención. Sin embargo, los Estados que eventualmente ejerzan esa facultad deberán conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de esas excepciones.

Dicho lo anterior, a continuación estudiaremos la solución que plasmó el Convenio de Berna sobre esta materia.

6.- La regla de los tres pasos en el Convenio de Berna y en otros tratados.

Al hablar de las restricciones a los derechos de explotación, es insoslayable tocar el tema de la fórmula de los tres pasos¹⁰⁸, dado que se ha convertido en un criterio universalmente aceptado para saber qué restricciones son admisibles y cuáles no.

La regla de los tres pasos constituye sin duda el más importante principio en el tema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, no solo porque define su alcance y contenido, sino porque además orienta la tarea de los legisladores a la hora de regular la materia¹⁰⁹.

A pesar de que la aparición de la regla de los tres pasos fue tardía en la evolución del derecho autoral, tal figura creció considerablemente en unas pocas décadas, tanto en su ámbito de aplicación, como en el número de países que se comprometieron a cumplirla; fenómeno veremos a continuación.

6.1.- Surgimiento de la fórmula de los tres pasos.

Al hablar de las restricciones al derecho de explotación en el Convenio de Berna, algunos creen que tal tópico no fue abordado por dicho tratado sino hasta la inclusión de la regla de los tres pasos en 1967. Sin embargo, tal afirmación es fácilmente desvirtuable, pues desde su texto original de 1886, el Convenio de Berna contempla restricciones muy puntuales¹¹⁰.

En efecto, desde el texto de 1886 el Convenio de Berna mencionaba el uso libre de obras para fines de enseñanza (a. 8° texto original, a. 10.2 texto vigente) y alusiones a los artículos de actualidad (a. 7° texto original, a. 10 Bis.2 texto vigente), a las que se le sumaron las restricciones relativas a las conferencias y alocuciones (a. 2 Bis.2 texto actual), reseñas de acontecimientos de actualidad (a. 10 Bis.2 texto vigente), y el derecho de cita (a.

¹⁰⁸ También llamada prueba de los tres pasos, de las tres etapas, de las tres fases o de los tres criterios, aunque su denominación más común es *regla de los tres pasos*.

¹⁰⁹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 71.

En igual sentido, Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 32.

¹¹⁰ De hecho, este tratado contiene un catálogo relativamente nutrido respecto de las diversas restricciones que pueden adoptar los estados. *Cfr.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 13.

10.1 texto actual)¹¹¹. De todas esas restricciones, sólo la relativa al derecho de cita debe protegerse de *iure conventionis*, las demás son optativas para los países miembros.

Sin embargo, a demás de esas restricciones concretas, el Convenio de Berna formuló una prueba general sobre la posibilidad de establecer restricciones a nivel legislativo. Esto se hizo en 1967 con la regla de los tres pasos, aunque se suele reconocer que la llamada *doctrina de las reservas menores* fue la precursora inmediata de esa regla tripartita. Veamos en qué consiste esa doctrina.

Durante la revisión de Bruselas (1948) del Convenio de Berna, se puso en la mesa de discusión el agregar a ese tratado diversas modalidades del derecho exclusivo de comunicación pública, lo que generó un intenso debate, dado que si bien es cierto que la mayoría de los países miembros ya concedían a los autores la facultad de comunicación pública (o al menos sus principales modalidades), también preveían un variado catálogo de casos en donde se podía comunicar públicamente obras sin necesidad de adquirir autorización (ceremonias religiosas, conciertos de bandas militares, eventos con fines de caridad, conciertos públicos en ciertos festivales, etc.); por lo tanto, se tenía que reconciliar el propósito de regular convencionalmente la comunicación pública y, al mismo tiempo, mantener las restricciones ya previstas en las legislaciones internas de los países miembros. Esto, a su vez, se traducía en la imposibilidad de listar exhaustivamente en el Convenio de Berna todas y cada una de las restricciones contempladas por sus miembros, como tampoco se consideraba admisible incorporar una cláusula general que permitiera todo tipo de restricciones, pues se temía que una disposición de este tipo pudiera incitar a algunos países a incorporar en sus leyes restricciones que no habían previsto antes¹¹².

Ante este dilema, en el reporte general de la conferencia de Bruselas (1948) se incluyó una *declaración concertada* sobre las “reservas menores”¹¹³. De acuerdo con dicha declaración, existía la posibilidad de que los países miembros introdujeran “reservas menores” o “medidas excepcionales” en su legislación interna respecto de los –entonces– aa. 11, 11 Bis, 11 Ter, 13 y 14 del Convenio de Berna, para admitir excepciones limitadas

¹¹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 265, 271 y 272; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 691 a 695; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 100; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 70; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 151 y 152.

Lo relativo a las noticias del día (a. 2.8), los textos oficiales (a. 2.4), los discursos políticos y debates judiciales (a. 2 Bis.1), no son propiamente restricciones al derecho de explotación, sino más bien hipótesis de no protección, es decir, casos en que por política pública no se protegen cierto tipo de creaciones (discursos políticos o textos oficiales) o casos donde se establece que la mera información no está protegida (noticias del día). En pocas palabras: cuestiones excluidas *a priori* de la cobertura del derecho de explotación (límites inherentes, les hemos llamado en el presente capítulo).

¹¹² Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 45.

Cfr. también Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 672.

¹¹³ No se trata de lo que en derecho internacional se entiende por reserva, propiamente dicha. En este sentido, el a. 2.d de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica que por “reserva” se entiende “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

Es así que nos explica César Sepúlveda: “Un Estado, al demostrar su consentimiento a un pacto, puede desear no quedar obligado por una determinada disposición y entonces formula una reserva, quedando en ese caso fuera del tratado las disposiciones reservadas. O también, quiere un Estado manifestar que el tratado, para él, tiene tal o cual interpretación”. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, México, 18a. ed., Porrúa, 1997, p. 136.

para el uso de obras en ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades educativas de niños y adultos¹¹⁴.

De acuerdo con Ficsor, las declaraciones concertadas son fuentes suplementarias y legítimas de interpretación del Convenio de Berna, y dada la manera en que se propusieron, discutieron y adoptaron, forman parte indispensable de ese tratado sobre la posibilidad de realizar restricciones a la facultad de comunicación pública; interpretación que se refuerza con el principio de buena fe. Desde luego, al no ser propiamente una reserva, los países que quieran regular ese tipo de restricciones no tienen que hacer una reserva formal al Convenio de Berna¹¹⁵.

Como observa Senftleben, existe cierta conexión entre la doctrina de las reservas menores y la regla de los tres pasos, que sería adoptada después por el Convenio de Berna. En efecto, en ambos supuestos podemos ver la intención de los estados miembros de que la posibilidad de restringir los derechos de los autores sólo opere en “ciertos casos especiales”; asimismo, durante la conferencia de Bruselas, los países nórdicos insistieron en que, para que una restricción fuera válida, no debería existir fin de lucro, lo que nos recuerda el segundo criterio de la fórmula de los tres pasos: que no se afecte la explotación normal de la obra¹¹⁶.

Así, se puede observar que la esencia de la doctrina de las reservas menores era permitir únicamente restricciones en forma muy limitativa, por lo que dicha doctrina se basa en el llamado principio *de minimis*^{117, 118}.

Ahora bien, una vez explicada la doctrina de las reservas menores como antecedente, entremos de lleno al surgimiento de la regla de los tres pasos.

Un aspecto curioso del Convenio de Berna es que, hasta antes de la revisión de Estocolmo (1967), no contenía disposición alguna que hiciera referencia expresa al derecho de reproducción¹¹⁹, mismo que, como vimos en el capítulo segundo de la presente

¹¹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 289.

Se ha discutido si las reservas menores sólo aplican en esos tres casos mencionados expresamente en el reporte general, o pueden aplicarse a otro tipo de restricciones. En opinión de Ficsor, no se trata de una lista exhaustiva, pero desde luego nos ilustra sobre el carácter menor que deben revestir las utilidades de las obras. *Ibidem*, p. 295.

Sobre las reservas menores en la conferencia de Bruselas, *cfr.* también Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 830 a 833.

¹¹⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 291.

¹¹⁶ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 46.

Asimismo, *vid.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 17.

¹¹⁷ Hugenholz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., “Contours of an international instrument on limitations and exceptions” en Netanel, Neil Weinstock (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 481; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 294; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 47; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 169.

¹¹⁸ Se trata del “principio según el cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas, sintetizado en la máxima *de minimis lex non regit*”. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223. A esta máxima también se le conoce como *de minimis non curat lex*.

Cfr. también Inesi, Andrew, “A theory of *de minimis* and a proposal for its application in copyright”, *Berkeley technology law journal*, vol. 21, núm. 2, 2006, pp. 947 y ss; y Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 91, p. 23.

¹¹⁹ Masouyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 61; Ricketson, Sam, “WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, p. 20; De Oliveira Ascensão, José, *op.*

investigación, fue el primer y más importante derecho de autor desde un punto de vista histórico. Esto llevó a que muchos argumentaran que la facultad de reproducción estaba *implícita* en el Convenio de Berna¹²⁰.

De cualquier forma, durante los trabajos preparatorios para la conferencia de Estocolmo, se estableció como uno de los principales propósitos de esa reunión diplomática el incluir el derecho de reproducción en el Convenio de Berna; sin embargo, eso llevaba al ya insoslayable tema de las restricciones a ese mismo derecho. Si no se encontraba una fórmula satisfactoria sobre las restricciones a la facultad de reproducción, difícilmente se lograría incorporar tal facultad al texto convencional¹²¹.

En 1964 se integró un grupo de estudio por BIRPI y el gobierno de Suecia para realizar los trabajos preparatorios para la conferencia de Estocolmo, el cual encontró una situación muy diferente a aquella que derivó en la doctrina de las reservas menores, pues mientras las restricciones nacionales al derecho de comunicación pública eran pocas y compartían una naturaleza *de minimis*, las restricciones al derecho de reproducción existentes en la legislación de los países miembros en 1964, eran tan diversas y numerosas que no podían conjuntarse en un grupo homogéneo. Por lo tanto, se llegó a la conclusión de que era necesario redactar una disposición que cumpliera tanto con el propósito de salvaguardar el derecho de reproducción ante el riesgo de que los países miembros le impusieran toda clase (y cantidad) de restricciones, pero que, al mismo tiempo, dejara un margen de libertad a los estados para satisfacer necesidades sociales y culturales¹²².

Ante tal problemática, el grupo de estudio elaboró un reporte en 1964, en el que incluyó un borrador sobre la disposición relativa a las restricciones al derecho de reproducción, en la cual se dejaba a las legislaciones internas el limitar el reconocimiento y ejercicio del derecho de reproducción, para *propósitos específicos* y bajo la condición de que esos propósitos *no compitieran* económicamente con las obras. Aquí encontramos ya el embrión de la fórmula de los tres pasos, pues el requisito de “propósitos específicos” está relacionado con el de “ciertos casos especiales” de la regla tripartita (como ejemplos, el grupo de trabajo mencionó los usos privados, la necesidad de textos para compositores y los intereses de los invidentes); mientras que el requerimiento de “no competencia” vislumbraba el de “no afectación de la normal explotación” de la obra en la regla de los tres pasos¹²³.

cit., nota 3, p. 87; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 3; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 249; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 658; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 69.

¹²⁰ Por ejemplo, Lipszyc considera que el derecho de reproducción estaba implícito en las disposiciones sobre traducción y adaptación (aa. 8 y 12), y en las que establecían restricciones al derecho de reproducción (aa. 10 y 10 Bis). *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 658.

En contra, Ricketson considera que del Convenio de Berna no podía desprenderse la obligación de proteger el derecho de reproducción. *Cfr.* Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119 p. 20.

López Maza coincide con Ricketson, aunque narra que eso no trajo consecuencias prácticas, dado que el derecho de reproducción tenía reconocimiento universal en las legislaciones internas. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 69.

¹²¹ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 47; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91; Sun, Haochen, “Overcoming the Achilles Heel of copyright law”, *Northwestern journal of technology and intellectual property*, Northwestern University, vol. 5, núm. 2, primavera 2007, p. 271.

¹²² Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 281; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 760; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 48.

¹²³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 281; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 48 y 49.

Podemos observar que el grupo de estudio se decantó por establecer un criterio general y abstracto sobre las restricciones al derecho de reproducción, dejando de lado la posibilidad de que el Convenio de Berna estableciera un listado de restricciones. De hecho, esta última opción fue rechazada expresamente por el grupo de estudio, pues le generaba temor que los estados miembros copiaran literalmente en sus leyes ese listado convencional, aboliendo los derechos de reproducción que ya se habían otorgado a los autores en algunos países¹²⁴.

En 1965 se forma un comité de expertos gubernamentales, el cual se pronunció a favor de la propuesta del grupo de estudio consistente en regular el derecho de reproducción en el Convenio de Berna. Aunque tuvo algunas observaciones respecto de las restricciones, el comité consideró necesario mencionar los legítimos intereses de los autores e incorporar ejemplos de restricciones concretas. De tal forma, que el comité redactó el siguiente borrador de a. 9¹²⁵:

Se reserva a la legislación de los países de la Unión el permitir la reproducción de tales obras:

- (a) para el uso privado;
- (b) con fines judiciales o administrativos;
- (c) en ciertos casos particulares donde la reproducción no sea contraria a los legítimos intereses del autor y no entre en conflicto con la explotación normal de la obra¹²⁶.

Dicho borrador del comité de expertos se incluyó en el programa de la conferencia de Estocolmo¹²⁷, en donde generó polémica, pues muchos países querían una fórmula más restrictiva. Por ejemplo, Italia propuso cambiar la expresión “uso privado” por “uso personal”, mientras que Francia prefería la frase “uso individual o familiar”. En cambio, países como la India y Rumania propugnaban por un texto más flexible.

El Reino Unido sugirió desechar los incisos (a) y (b), y toda vez que era prácticamente imposible llegar a un acuerdo sobre un posible listado de restricciones que se incorporaran al Convenio de Berna, el debate comenzó a centrarse en el inciso (c). Así, por ejemplo, Israel criticó la incertidumbre que generaba la redacción, mientras que Alemania propuso incluir la mención de que los autores tenían derecho a obtener una remuneración equitativa¹²⁸. Por su parte, la delegación de los Países Bajos apuntó que la redacción del texto propuesto era muy “británica”, por lo que no sería de fácil comprensión para jueces de países que siguen la corriente continental¹²⁹.

Al final, el grupo de trabajo sobre las restricciones al derecho de reproducción sugirió al Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo, adoptar la propuesta del Reino Unido

¹²⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 49.

¹²⁵ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 672; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 50; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 272.

¹²⁶ La traducción del inglés es nuestra.

¹²⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; y Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 762.

¹²⁸ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 216; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 673; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 762; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 50 y 51; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 272.

¹²⁹ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 114.

con ligeras variaciones¹³⁰. Por consiguiente, el texto fue aprobado como a. 9.2 del Convenio de Berna de la siguiente forma:

Artículo 9.1) (...)

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Dicho texto no fue modificado en la revisión de París (1971), por lo que es la disposición vigente hasta ahora, además de que, como se verá más adelante, ha sido retomada en otros tratados sobre la materia. Incluso, autores como Ricketson¹³¹ consideran que a la regla de los tres pasos se le ha llegado a considerar casi como un “texto sagrado”.

La explicación que dio el Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo sobre el a. 9.2 del Convenio de Berna y, en particular, para el orden de cada uno de los elementos, fue la siguiente:

Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la normal explotación de la obra, la reproducción no es permitida de ninguna manera. Si se considera que esa reproducción no entra en conflicto con la normal explotación de la obra, el siguiente paso sería determinar si perjudica irrazonablemente los legítimos intereses del autor. Sólo si no es ese el caso es posible introducir en ciertos casos especiales una licencia obligatoria o permitir el uso sin necesidad de pago. Un ejemplo práctico sería el fotocopiado para diversos propósitos. Si consiste en producir un gran número de copias, no estará permitido, porque entra en conflicto con la normal explotación de la obra. Si implica más bien un amplio número de copias para su uso en actividades industriales, puede no perjudicar irrazonablemente los intereses legítimos del autor, con tal de que, de conformidad con la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. Si se hace un número pequeño de copias, el fotocopiado estará permitido sin necesidad de pago, particularmente para usos individuales o científicos¹³².

De dicha explicación y de su devenir histórico, hay un punto muy importante a destacar respecto de la regla de los tres pasos: *aunque su propósito es encontrar un equilibrio entre intereses encontrados, desde sus orígenes enfatizó la prioridad de proteger los intereses económicos del autor*¹³³.

Por otro lado, como bien indica Ficsor, el a. 9.2 no establece propiamente ninguna restricción al derecho de reproducción, sino que, más bien, determina las reglas para

¹³⁰ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 283; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 5; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 762 y 763; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 72; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 51; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 273; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

¹³¹ Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 20.

¹³² La traducción del inglés es nuestra.

¹³³ Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 274.

permitir las restricciones al derecho de autor¹³⁴. O como se suele decir: la regla de los tres pasos es un “límite a los límites”¹³⁵.

Son varias las observaciones y críticas que deben hacerse al citado a. 9.2, pero por cuestiones de método las formularemos *infra* en el apartado 6.6 de este capítulo, al valorar la regla de los tres pasos.

Hecho este breve apunte histórico, pasemos ahora a ver cómo se integra y opera esta fórmula de los tres pasos.

6.2.- Contenido de la regla de los tres pasos.

La regla de los tres pasos se caracteriza por un dualismo particular, pues, por un lado, procura ser lo suficientemente amplia para cubrir, por lo menos, las restricciones más razonables que ya existían en las leyes internas de los países miembros antes de la Conferencia de Estocolmo de 1967; pero, por otro lado, también buscaba ser lo suficientemente restrictiva para que la situación de los autores no empeorara¹³⁶.

Existe prácticamente unanimidad en la doctrina, en interpretar el a. 9.2 del Convenio de Berna en el sentido de que establece una prueba o examen integrado por tres criterios, pruebas o pasos, mismos que son¹³⁷:

- 1) Que se trate de determinados casos especiales;
- 2) Que no se atente contra la explotación normal de la obra; y
- 3) Que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor¹³⁸.

¹³⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 280.

En este sentido, Juan José Marín indica que “el test de las tres fases es como mucho un test para controlar la aplicación, la interpretación o quizá, aún antes, la propia existencia de limitaciones y excepciones”. Marín López, Juan José, “El test de las tres etapas y la comunicación pública”, *Revista de Internet, derecho y política*, Universidad Abierta de Cataluña, núm. 1, 2005, p. 24.

En términos similares, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

¹³⁵ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 482; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 5.

¹³⁶ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 82.

Cfr. también Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, “Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para a avaliação das limitações aos direitos autorais” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II, p. 155; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 216; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 759.

¹³⁷ Antequera Parilli, Ricardo, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (Los ‘usos honrados’, el ‘fair use’ y el ‘ius usus innocui’). El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra”, *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor*, Buenos Aires, junio 2006, p. 7; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 516; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 295 y 296; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 136; Griffiths, Jonathan, “The ‘three-step test’ in European copyright law – problems and solutions”, Research paper no. 31/2009, Londres, Queen Mary University of London, 2009, p. 1; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *Harmonizing European copyright law. The challenges of better lawmaking*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009, p. 96; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 46 y 47; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 25; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 34; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 42, p. 79; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 72; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 125; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 3; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

Asimismo, un sector mayoritario de la doctrina coincide en que tales criterios son acumulativos, de forma que sólo serán permitidas restricciones al derecho de explotación que aprueben los tres criterios o pasos, haciéndose un examen progresivo que debe iniciar por el primer paso y concluir con el tercero¹³⁹.

Dicha línea de interpretación encuentra su origen en la explicación que dio el Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo sobre el a. 9.2 del Convenio de Berna, la cual ya fue reproducida en el apartado previo del presente capítulo.

Inclusive, Senftleben indica que el primer paso es la regla básica, mientras que los pasos dos y tres son sólo condiciones que deben aplicarse a la regla básica. Así, la fórmula de los tres pasos estaría integrada por una regla básica (paso uno) y dos condiciones (pasos dos y tres)¹⁴⁰.

Sin embargo, hay que destacar la existencia de un sector minoritario que propone interpretaciones o lecturas diversas al a. 9.2, incluyendo lo que se suele llamar la “regla de los tres pasos inversa”. Estas posturas las tratamos en el capítulo quinto de la presente investigación, a donde remitimos al lector para más información.

Pasemos ahora a ver el impresionante fenómeno de la expansión que ha tenido esta regla de los tres pasos.

6.3.- *Su adopción en los tratados de comercio internacional y en el TODA. Su ampliación a todas las facultades del derecho de explotación.*

Prevista originalmente en términos muy limitados (sólo estaba en el Convenio de Berna y únicamente era aplicable a la facultad de reproducción), la regla de los tres pasos tomó

¹³⁸ Empero, Senftleben explica que algunos comentaristas del Convenio de Berna hablan sólo de dos condiciones, ignorando o dando poca importancia al primer paso (que estemos ante ciertos casos especiales). Cfr. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 126.

Un ejemplo de esta postura lo podemos encontrar en la clásica obra de Delia Lipszyc, en la que se afirma que el a. 9.2 del Convenio de Berna “establece dos condiciones acumulativas: la reproducción no debe atentar contra la explotación normal de la obra y tampoco debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Cfr. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 695.

De la misma manera, encontramos a Masouyé, quien indica que el a. 9.2 citado “contiene dos exigencias que se acumulan: se requiere a la vez que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra y no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Cfr. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63.

En igual sentido, *vid.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93,

¹³⁹ Ginsburg, Jane C., “Toward supranational copyright law? The WTO panel decision and the ‘three-step test’ for copyright exceptions”, papel de trabajo núm. 181 de la Escuela de Derecho de Columbia, para su publicación en la *Revue internationale du droit d’auteur*, enero 2001, p. 12; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, pp. 694 y 695; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 126; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 47; Mazziotti, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlín, Springer, 2008, p. 81; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 125; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 3; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

Casas Vallés explica que la denominación misma de la regla “hace casi inevitable entender la prueba como una escalera cuyos peldaños han de ascenderse de forma sucesiva y de manera completa. Ésa es la lectura ortodoxa, sin perjuicio de eventuales variantes en cuanto al tamaño relativo o la configuración de los peldaños”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670.

¹⁴⁰ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 125 a 127.

nuevos bríos (y mayor impacto) en los tratados de comercio internacional relacionados con la propiedad intelectual y en el TODA¹⁴¹.

En efecto, en el ADPIC (1994) se regularon los derechos de autor, y particularmente, en su a. 13 se adoptó la fórmula de los tres pasos en los siguientes términos:

Artículo 13
Limitaciones y excepciones

Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

En esta disposición encontramos dos diferencias substanciales respecto del a. 9.2 del Convenio de Berna. La primera es que mientras la regla de los tres pasos sólo es aplicable al llamado derecho de reproducción en el Convenio de Berna, en el ADPIC extiende su aplicabilidad a toda facultad del derecho de explotación y no sólo a la reproducción¹⁴².

La segunda diferencia es que, en el tercer paso, el Convenio de Berna se refiere a los “intereses legítimos *del autor*”, mientras que el ADPIC habla de “los intereses legítimos *del titular de los derechos*”¹⁴³. Esto nos demuestra algo de lo que ya hablamos en el capítulo previo de esta investigación: que el ADPIC no refleja a cabalidad la visión humanista de los derechos de autor que sí encontramos en otros ordenamientos, como el Convenio de Berna, el PIDESC o la mayor parte de las legislaciones nacionales en la materia¹⁴⁴.

¹⁴¹ En palabras de Casas, se trata de una progresión exitosa pero inesperada, posiblemente fruto más de un accidente que de un designio. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 671.

¹⁴² Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004, p. 53; Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, *op. cit.*, nota 136, p. 156; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 217; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 675; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 302 y 517; Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tecnológico de Monterrey, 2009, p. 119; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 294; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 20; Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 9; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 81; Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 8, p. 73.

¹⁴³ *Vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 8; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 20.

De acuerdo con Ficsor, esto no hace mayor diferencia, pues el Convenio de Berna no sólo aplica a los derechos de los autores, sino a los derechos de otros titulares. Para sustentar tal afirmación, este jurista invoca el a. 2.6 de dicho tratado, disposición que habla de la protección a los derechohabientes del autor. *Cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 302.

De igual forma, López Maza comparte la opinión de Ficsor. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 74.

Sin embargo, si el Convenio de Berna habla de los “intereses del autor”, y esos intereses son tanto morales como económicos, no es difícil concluir que para el tercer paso deben tomarse en cuenta los intereses no pecuniarios del autor. En cambio, si el ADPIC se refiere a los “intereses del titular” y el autor ya transmitió su derecho de explotación, es más difícil traer a colación los intereses morales, dado que los titulares derivados sólo adquieren el derecho de explotación (intereses económicos), no el derecho moral (intereses no económicos). En este sentido, *vid.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 675.

Sobre la incidencia de los derechos morales en la regla de los tres pasos, *vid. infra* el apartado 6.4.3 del presente capítulo.

¹⁴⁴ En este sentido, Senftleben indica que: “the term ‘right holder’ reflects the general orientation of the TRIPs Agreement. The protection of copyright is subjected to the primary objective to foster international trade. Accordingly, the Agreement is not concerned with the person of the author, as creator of literary and artistic works. First and foremost, it simply focuses on those instances allowing a work to enter the market and take part in international trade”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 224.

Otro aspecto interesante, es que la expansión de la regla de los tres pasos llegó también a otras figuras del derecho intelectual en el ADPIC, como sucedió con las patentes y con los diseños industriales. En efecto, el a. 30 del ADPIC (mismo que establece las restricciones a las patentes)¹⁴⁵ es casi una copia al carbón del a. 13 del mismo convenio, con la única diferencia de que al final le agrega la siguiente mención: “teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”. Lo mismo aconteció en el a. 26.2 del ADPIC¹⁴⁶, respecto a las restricciones a la protección de los diseños industriales. En cambio, en relación con las marcas, el ADPIC no adopta la regla de los tres pasos, sino una formulación aparentemente más flexible¹⁴⁷; asimismo, en materia de derechos conexos el ADPIC remite a las restricciones de la Convención de Roma y no adopta la prueba de los tres pasos¹⁴⁸.

Con evidente influencia del ADPIC¹⁴⁹, el TLCAN también incorporó la regla de los tres pasos en su capítulo de propiedad intelectual, como se puede observar en su a. 1705.5:

Artículo 1705: Derechos de autor

(...)

5. Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho.

De igual forma, y siguiendo el modelo del ADPIC, el TLCAN incorpora la regla de los tres pasos en materia de patentes, como se desprende de su a. 1709.6¹⁵⁰, y en materia de diseños industriales, como se aprecia en su a. 1713.4¹⁵¹. En cambio, y a diferencia del

¹⁴⁵ Tal artículo dispone lo siguiente: “Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.

¹⁴⁶ Disposición que a la letra establece: “Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de la protección de los dibujos y modelos industriales, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de los dibujos y modelos industriales protegidos ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del dibujo o modelo protegido, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.

¹⁴⁷ El a. 17 del ADPIC indica: “Los Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros”.

¹⁴⁸ El a. 14.6 del ADPIC establece que: “En relación con los derechos conferidos por los anteriores párrafos 1 a 3 –que son los que establecen la protección a los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión–, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones, y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma”.

Erróneamente, Correa señala que el ADPIC hace aplicable la regla de los tres pasos a los derechos conexos. *Cfr.* Correa, Carlos, *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 69.

¹⁴⁹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 35.

¹⁵⁰ “Cada una de las Partes podrá establecer excepciones limitadas a los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no interfieran de manera injustificada con la explotación normal de la patente y no provoquen perjuicio, sin razón, a los legítimos intereses del titular de la patente, habida cuenta de los intereses legítimos de otras personas”.

¹⁵¹ “Cada una de las Partes podrá prever excepciones limitadas a la protección de los diseños industriales, a condición de que tales excepciones no interfieran de manera injustificable con la explotación

ADPIC, el TLCAN sí aplicó la regla de los tres pasos a los derechos conexos del productor de fonogramas, como se puede observar en su a. 1706.3¹⁵². Disposiciones como las ya citadas, se replican en el resto de los tratados de libre comercio de los que México es parte, así como en el borrador del ALCA¹⁵³.

Empero, la ampliación de la fórmula de los tres pasos a todas las facultades del derecho de explotación de autor (y no sólo a la de reproducción) no fue un fenómeno privativo de los tratados de comercio internacional, pues así sucedió también con el TODA (1996), como se puede constatar en su a. 10:

Artículo 10 Limitaciones y excepciones

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Empero, la redacción del TODA se acerca más a la teleología de la materia autoral al referirse a los intereses del *autor*, y no a los del *titular de derechos* (como hace el ADPIC). Asimismo, paralelamente al TODA, diversos estados suscribieron el TOIEF, cuyo a. 16.2 hace aplicable la fórmula de los tres pasos a los derechos conexos¹⁵⁴.

Por todo lo anterior, Daniel Gervais considera que la regla de los tres pasos se ha convertido en la piedra angular para las restricciones de casi todos los derechos de propiedad intelectual previstos a nivel internacional¹⁵⁵. Dicho fenómeno es criticado por De Oliveira, pues estima que se trata de una regla que fue creada sólo para la facultad de reproducción, y que ha sido adoptada sin mayor reflexión en otros ámbitos¹⁵⁶.

normal de los diseños industriales protegidos ni provoquen injustificadamente perjuicios a los legítimos intereses del titular del diseño protegido, tomando en cuenta los intereses legítimos de otras personas”.

¹⁵² “Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal del fonograma ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”.

¹⁵³ *Cfr.* Mier y Concha Segura, Jorge, “Comentarios a raíz del segundo borrador del capítulo de derecho de propiedad intelectual en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)” en Witker, Jorge (coord.), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 128.

¹⁵⁴ “Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

Cfr. De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 93; Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 8, p. 73; y Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 300.

¹⁵⁵ Gervais, Daniel J., “Towards a new core international copyright norm: the reverse three step test”, *Marquette intellectual property law review*, vol. 9, núm. 1, 2005, p. 13.

¹⁵⁶ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 94.

En fin cabe destacar que la regla de los tres pasos también ha sido adoptada en el derecho comunitario, tanto por la Unión Europea¹⁵⁷, como por la Comunidad Andina¹⁵⁸.

A continuación diseccionaremos la referida regla, paso por paso, para ver cómo ha sido interpretada.

6.4.- Análisis de cada uno de los tres criterios.

En los apartados precedentes ya vimos cómo está integrada la regla o fórmula de los tres pasos; ahora veremos cuál es el alcance de cada uno de los tres criterios que la conforman.

Lo anterior no es nada fácil, pues, como se ha reconocido, cada criterio presenta sus propios problemas de interpretación¹⁵⁹. En efecto, prácticamente todos los vocablos clave de la fórmula de los tres pasos están afectados de *ambigüedad semántica*¹⁶⁰, pues palabras como “casos”, “especiales”, “explotación”, “normal”, “injustificado”, “intereses” o “legítimos” admiten diversos sentidos. Desde luego, esta problemática se encuentra también presente en los textos en francés y en inglés del Convenio de Berna¹⁶¹, así como en el ADPIC y el TODA¹⁶².

Como consecuencia, no hay unanimidad sobre la correcta interpretación de la regla de los tres pasos. Más bien acontece lo contrario, ya que debido al excesivo número de expresiones ambiguas, se han generado los más diversos y variados resultados interpretativos.

Las interpretaciones realizadas a la regla de los tres pasos han sido predominantemente académicas (y por ende, especulativas en cierta medida)¹⁶³, pues en los

¹⁵⁷ Concretamente, en las directivas de *software* (a. 6.3), de bases de datos (aa. 6.3, 7.5 y 8.2 –estos dos últimos artículos aplican la regla, ya no a los derechos de autor, sino a otro derecho muy particular que es el derecho *sui generis* sobre las bases de datos–), y la de la sociedad de la información (a. 5.5).

¹⁵⁸ Decisión 351 (a. 21).

¹⁵⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; y De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 99.

¹⁶⁰ La ambigüedad semántica es una propiedad presente en vocablos cuyo significado admita una pluralidad de respuestas. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “Problemas de interpretación” (trad. Miguel Carbonell) en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 5a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2003, p. 63.

¹⁶¹ Aunque originalmente el texto auténtico del Convenio de Berna era únicamente el francés, en la actualidad el texto en inglés también ha llegado a ser auténtico, como se desprende de su a. 37.1.a, aunque en caso de discrepancia en la interpretación de ambos textos, hace fe el francés (a. 37.1.c de dicho tratado).

¹⁶² El a. 24.1 del TODA establece: “El presente Tratado se firmará en un solo ejemplar original en español, árabe, chino, francés, inglés y ruso, considerándose igualmente auténticos todos los textos”.

Por su parte, el Acuerdo de Marrakech constitutivo de la OMC concluye señalando que fue firmado el 15 de abril de 1994 en un solo ejemplar en inglés, francés y español, siendo auténtico cada texto. Y toda vez que el ADPIC es el Anexo 1 C de ese tratado, podemos concluir con Senftleben, que la misma regla aplica para la determinación de los textos auténticos del ADPIC. *Cfr.* Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 113 y 114.

¹⁶³ En este sentido, Tamayo y Salmorán explica que: “la interpretación no orgánica no se traduce en materiales jurídicos, entonces la significación, producto de esa interpretación, no es parte de la experiencia jurídica, es decir, no es derecho (éste se agota con los materiales que constituyen la experiencia jurídica). La interpretación no orgánica es sólo significación (cognición, descripción, valoración, etcétera) del derecho”. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, reimp. de la 2a. ed., Themis, 2003, p. 328.

Empero, esto encuentra matices en el derecho internacional, ya que el a. 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que dicho tribunal internacional puede resolver controversias aplicando

foros internacionales no se han generado muchas oportunidades para pronunciamientos sobre el particular. De hecho, como refieren Hugenholtz y Okediji¹⁶⁴, el organismo competente para interpretar el Convenio del Berna y el TODA es la Corte Internacional de Justicia, tribunal al que nunca se le ha planteado algún asunto con base a esos tratados¹⁶⁵. Caso excepcional es el del panel de la OMC promovido por la Unión Europea en contra de los EUA¹⁶⁶, la cual constituye la primera interpretación orgánica a nivel internacional; razón por la que esta decisión se ha convertido en una referencia obligada acerca de la interpretación de la regla de los tres pasos¹⁶⁷.

En dicho caso se sometió a examen, ante el órgano de solución de controversias de la OMC¹⁶⁸, la reforma legal que en 1998 hicieron los EUA para introducir, en su *Copyright Act*, ciertas restricciones para la comunicación pública de obras musicales, consistentes básicamente en: (a) la comunicación de una transmisión pública recibida en un solo aparato de aquellos que comúnmente se utilizan en el hogar, a menos que se cobre directamente por acceder a esa transmisión o se realice una retransmisión (es lo que se suele llamar la “excepción casera”)¹⁶⁹; y (b) la comunicación que un pequeño establecimiento haga de una

como medio auxiliar “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, lo que ha llevado a considerar determinada doctrina como fuente del derecho internacional. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, IIJ-UNAM, 1991, p. 50.

Asimismo, nuestro poder judicial de la federación cada vez le está dando más peso a la doctrina, pero sin llegar a considerarla fuente del derecho, propiamente dicha.

¹⁶⁴ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 486.

¹⁶⁵ En el mismo tenor, Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 674.

¹⁶⁶ Caso *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, reporte de 15 de junio de 2000, documento WT/DS160/R. En adelante citaremos esta resolución como “Informe del Grupo Especial de la OMC”.

¹⁶⁷ En este sentido, *vid.* Gaubiac, Yves, “Las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, junio 2003, pp. 1 y 2.

¹⁶⁸ El a. 64.1 del ADPIC establece que para la solución de controversias, resulta aplicable el mecanismo previsto en los aa. XXII y XXIII del GATT de 1994.

Por su parte, el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias* (Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech) establece un organismo de solución de controversias que tiene diversas funciones (por ejemplo, hacer consultas, buenos oficios, conciliación, mediación, etc.), entre ellas, formar grupos especiales (paneles) a petición de la parte demandante. Estos grupos especiales conducirán un procedimiento en donde emitirán un reporte o informe que se envía al organismo de solución de diferencias para su adopción, a no ser que una parte apele ese informe o el organismo de solución de controversias decida, por consenso, no adoptar el informe (*vid.*, principalmente, los aa. 2, 6, 7, 11, 12 y 16 del citado entendimiento).

Para más detalles sobre el mecanismo de solución de controversias en la OMC, *cfr.* Bhala, Raj, y Kennedy, Kevin, *World trade law*, EUA, Lexis law publishing, 1998, pp. 26 y ss; y González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, 2a. ed., Porrúa, 2008, pp. 547 y ss.

Y para mayores especificaciones en el ámbito del ADPIC, *cfr.* Mota, Sue Ann, “TRIPS: Ten years of disputes at the WTO”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. IX, núm. 3, verano 2005, pp. 462 y ss.

¹⁶⁹ Esta restricción se incorporó a la ley como consecuencia del caso *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, resuelto por la Suprema Corte de EUA en 1975, en el que se dijo que el dueño de un pequeño restaurante no debía pagar por la música que sonaba en su local a través de un radio con cuatro bocinas. El argumento es que el tamaño del local no era lo suficientemente grande para justificar la suscripción de licencias musicales (véase cómo la justificación de esta restricción es una falla de mercado).

Como dato adicional, destaca que nuestra LFDA contempla una restricción similar en su a. 150; pero dados los términos de su redacción, es más bien una restricción al derecho de regalías por comunicación pública, y no tanto, al derecho de explotación.

transmisión de obras musicales no dramáticas y obras audiovisuales, bajo ciertas condiciones (a esta se le conoce como la “excepción empresarial”)¹⁷⁰.

En este sentido, el 15 de abril de 1999 la Unión Europea solicitó la integración de un panel, pues, a su entender, el a. 110.5 de la *Copyright Act* de EUA constituía una violación al ADPIC (concretamente, a su a. 9.1 en relación con los aa. 11.1 y 11 Bis.1 del Convenio de Berna). Por su parte, los EUA se defendieron alegando que su legislación era plenamente compatible con las obligaciones derivadas del ADPIC, y en particular, que el referido a. 110.5 cumple con el a. 13 del ADPIC (regla de los tres pasos)¹⁷¹. Al final, el Grupo Especial de la OMC resolvió que la excepción casera sí cumplía con la prueba de los tres pasos, más no así la excepción empresarial¹⁷².

Por lo tanto, para intentar desentrañar el sentido de cada uno de los requisitos de la regla de los tres pasos, a continuación estudiaremos cada uno de los criterios establecidos en ese *test*, indicando las principales interpretaciones doctrinales, así como la del Grupo Especial de la OMC, a lo que añadiremos observaciones y comentarios propios¹⁷³.

6.4.1.- Primer paso.

Como ya vimos, el primer paso o prueba consiste que la restricción al derecho de explotación aplique a “determinados casos especiales” (Convenio de Berna) o “ciertos casos especiales” (TODA). La doctrina, con el fin de hacer un análisis escalonado de este primer paso, ha considerado preponderante que las palabras clave de este paso son: “determinados” (*certain* en inglés, *certain*s en francés) y “especiales” (*special* en inglés, *spéciaux* en francés). Dicho sector de la academia suele entender las expresiones “determinados”, “*certain*” y “*certain*s” en el sentido de que las restricciones al derecho de explotación deben ser precisas y estar fijadas limitativamente, es decir, que deben estar circunscritas¹⁷⁴. En opinión de Ricketson, esta interpretación parece ser consistente con el propósito del Convenio de Berna: proteger los derechos de los autores sobre sus obras¹⁷⁵.

Empero, hay quienes estiman que la expresión “determinados” no impone un requisito adicional al de que los casos sean “especiales”. En este sentido, Sentfleben argumenta que la expresión “determinados casos especiales” simplemente significa

¹⁷⁰ Para ambos casos, *cfr.* el a. 110.5 de la *Copyright Act* de EUA.

¹⁷¹ Informe del Grupo Especial de la OMC, pp. 1, 6 y 7.

Cfr. también Brennan, David J., *Retransmission and US compliance with TRIPS*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003, p. 79; Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, pp. 3 a 5; Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 167, pp. 3 a 5; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 142, pp. 86 a 88; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 34 y 35; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 73 y 74.

¹⁷² Lapter, Alain J., “The WTO’s dispute resolution mechanism: does the United States take it seriously? A TRIPs Analysis”, *Chicago-Kent journal of intellectual property*, Chicago, vol. 4, núm. 2, primavera 2005, p. 218; Brennan, David J., *op. cit.*, nota 171, pp. 79 y 88; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, pp. 677 y 678; Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 167, p. 16.

¹⁷³ La regla de los tres pasos ha llegado, eventualmente, a ser interpretada por tribunales nacionales, pero además de que dicha interpretación no es la definitiva desde un punto de vista internacional, los resultados interpretativos han sido muy variados y diferentes. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 486.

Asimismo, *vid. infra* el apartado 6.5 del presente capítulo, en relación a la recepción de la regla de los tres pasos en el derecho interno de algunos países.

¹⁷⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 516; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 34; Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 21; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 161.

¹⁷⁵ Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22.

“algunos casos especiales”, sustentando tal afirmación en que, en la conferencia de Estocolmo, la palabra “determinados” (y sus correlativas en otros idiomas) se insertó en el Convenio de Berna porque sus redactores tenían en mente las diversas restricciones al derecho de reproducción que en esa época existían en las leyes nacionales¹⁷⁶.

Por tal motivo, Senftleben critica posturas como las de Ficsor, Reinbothe y Von Lewinski, en las que se considera que el primer paso implica que los usos permitidos de las obras deben ser específicos, es decir, precisos y determinados restrictivamente, pues esa es una interpretación muy propia de la familia de países romanistas, excluyendo los sistemas abiertos adoptados en los países de *common law* (los cuales automáticamente incumplirían el primer paso de la regla de los tres pasos)¹⁷⁷.

De esta forma, el autor en glosa concluye que las restricciones *no necesitan estar definidas en forma precisa y limitativa*, sino que lo que debe de suceder es que las restricciones estén previstas de tal forma que pueda preverse si cierto uso de una obra está sujeto o no al control del autor; lo cual puede lograrse no sólo a través de la legislación, sino también por determinación de los tribunales¹⁷⁸.

Por su parte, el Grupo Especial de la OMC adopta la postura de la doctrina predominante y hace un estudio escalonado del primer paso, para analizar primero el alcance de la expresión “determinados”, para luego hacer lo correspondiente con el término “especiales”. Respecto del primer vocablo a examen, el panel hace un análisis del significado de la palabra “*certain*” en el *Diccionario Oxford del Inglés*¹⁷⁹, concluyendo que, bajo el primer paso de la regla de los tres pasos, un límite al derecho en la legislación nacional debe estar *claramente definido*, sin que eso implique que existe necesidad de identificar expresamente todas y cada una de las posibles situaciones a las que aplicará dicho límite¹⁸⁰.

En otro orden de ideas, la segunda palabra clave de este primer paso, es “especiales”. La *especialidad* de un caso puede abordarse desde un enfoque cuantitativo o desde uno cualitativo. Desde el punto de vista *cuantitativo*, un caso será especial cuando la restricción afecta a una sola persona, cosa o circunstancia; o tiene una aplicación, objeto o intención de carácter individual, particular o limitada; es decir, “especial” sería algo que significara una pequeña parte del total. En cambio, desde un punto de vista *cualitativo*, la expresión “especial” se refiere a la situación de que algo pueda separarse de otras cosas de su especie

¹⁷⁶ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 134.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 135.

En esta tónica explica Casas Vallés: “Resultaría paradójico que una fórmula de origen británico e ideada para eludir los listados acabara con el *fair deal* o, al menos, con el más abierto *fair use*”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 698.

Paradoja que también se puede sacar a colación de la inserción de la regla de los tres pasos en el TLCAN; inserción impulsada principalmente por los EUA.

¹⁷⁸ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 137.

Sin embargo, esta interpretación encuentra como obstáculo –no necesariamente insalvable– que el a. 9.2 del Convenio de Berna “reserva a las *legislaciones* de los países” la posibilidad de restringir la facultad de reproducción, por lo que, en principio, podría concluirse que sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación, y no así los jueces.

¹⁷⁹ Dicho significado es: “known and particularised, but explicitly identified”, “determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact”.

¹⁸⁰ Informe del Grupo Especial de la OMC, p. 32.

por algunas cualidades o características distintivas, lo que significa que se debe dar a una restricción al derecho de explotación una justificación lo suficientemente fuerte¹⁸¹.

En la doctrina, destacan las posturas que adoptan el criterio cualitativo. Uno de los autores más representativos de esta postura era Ricketson, quien en su obra *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*¹⁸² consideró que la expresión “determinados casos especiales” significa que debe existir algún “propósito especial” o justificación subyacente a las restricciones que regulen los países, por lo que no basta cualquier propósito, sino que ese propósito debe ser “especial”. Esto implica que la restricción al derecho debe estar justificada por una *clara razón de políticas públicas* o por alguna otra circunstancia excepcional. Esta conclusión es aceptada expresamente por Ficsor¹⁸³, por Reinbothe¹⁸⁴ y por Von Lewinski¹⁸⁵.

Sin embargo, el propio Ricketson se retractaría de su opinión; esto como consecuencia de las observaciones de la profesora Jane Ginsburg. De acuerdo con dicha académica de la Universidad de Columbia, la historia de la redacción del a. 9.2 del Convenio de Berna demuestra que la expresión “determinados casos especiales” no tiene un contenido normativo, dado que el término “normal explotación” (relativo al segundo paso de la regla) se incluyó con el propósito de dar cabida las restricciones al derecho de reproducción que ya existían a nivel nacional en 1967, y no resulta claro que todas esas restricciones preexistentes tuvieran un fundamento en políticas públicas. Si se toma en cuenta que la regla de los tres pasos establece un análisis jerárquico en donde se debe de superar el primer paso para poder entrar a los siguientes dos, y si además se considera que los redactores del a. 9.2 postulaban que las restricciones entonces existentes a nivel nacional eran compatibles con la “normal explotación” de la obra (segundo paso), se colige que esas restricciones eran ya consideradas “casos especiales” (primer paso), aunque no todas tengan una justificación de políticas públicas. De ahí que la expresión “casos especiales” abarque tanto restricciones meritorias como otras no tanto, siempre y cuando todas sean suficientemente limitadas¹⁸⁶.

En este sentido, Ricketson reconoce que su opinión previa respecto a que el requisito de estar ante “casos especiales” equivalía a una justificación de políticas públicas, era aislada y destacaba ante el silencio de la mayoría de los comentaristas al Convenio de Berna (aunque tuvo, como ya vimos, cierta acogida entre los más prestigiados comentaristas del TODA). Y luego de analizar los argumentos de Ginsburg, Ricketson considera que no hay muchas razones para mantener su postura previa, pues los trabajos preparatorios de la revisión de Estocolmo demuestran que no todas las restricciones previstas a nivel nacional antes de la formulación del a. 9.2 del Convenio de Berna se caracterizan por tener una clara justificación de políticas públicas (y pone como ejemplo el

¹⁸¹ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 137; y Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 699.

¹⁸² La Haya, Kluwer Law, 1987, p. 482; citado por Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22; por Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 764; por Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 284; y por Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 135.

¹⁸³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 284 y 516.

¹⁸⁴ Reinbothe, Jörg, y Von Lewinski, Silke, *The WIPO treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty – Commentary and legal analysis*, Reino Unido, Butterworths, 2002, p. 124; citados por Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 765; y por Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 135.

¹⁸⁵ *Idem*; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 161 y 162.

¹⁸⁶ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, pp. 11 y 12.

listado incluido por el Grupo de Estudio en 1964, que abarca restricciones tales como el “uso privado”, el “uso efímero” y el “texto de las canciones”), sino que más bien se buscó una fórmula que abarcara restricciones justificadas tanto por políticas públicas como por otras causas. De esta manera, Ricketson ahora considera que la expresión “determinados casos especiales” significa que las restricciones deben ser *finitas y limitadas en cuanto a su alcance*¹⁸⁷.

Por su parte, Senftleben adopta el criterio cualitativo, basándose en Ficsor, Reinbothe, Von Lewinski, y principalmente, en las ideas originales de Ricketson. A decir de Senftleben, dado el contexto del Convenio de Berna y del TODA, lo que se busca con las restricciones al derecho de explotación es encontrar un equilibrio entre los intereses de los autores y otros importantes valores en la sociedad, lo que nos demuestra qué clase de justificaciones son las que están detrás de las mencionadas restricciones¹⁸⁸.

Creemos que no hay mayor discusión en qué tipo de valores y principios deben fundamentar las restricciones al derecho de explotación, el problema es determinar en qué paso o etapa de la regla de los tres pasos debe hacerse la valoración de esas justificaciones, pues como vimos, Ginsburg y Ricketson estiman que debe hacerse en el segundo y tercer pasos¹⁸⁹ (y por lo tanto, darle otro alcance a la expresión “casos especiales”), mientras que Senftleben considera que debe hacerse en el primer paso¹⁹⁰.

Por lo que hace al Grupo Especial de la OMC, también recurre al *Diccionario Oxford* para desentrañar el significado del vocablo “*special*”¹⁹¹, lo cual lo lleva a concluir que se requiere más que una clara definición de la restricción al derecho, sino que también debe ser limitada en su campo de aplicación o excepcional en cuanto a su alcance, es decir, la restricción debe ser *reducida*, tanto desde un punto de vista *cuantitativo* como desde un punto de vista *cualitativo*. Además, el panel expresamente indica que el término “determinados casos especiales” no es equivalente a “propósito especial”, rechazando así el pensamiento previo de Ricketson, al cual le reconoce estatus de fuente del derecho internacional (en términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)

¹⁸⁷ Cfr. Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22; y Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 765 a 767.

La ventaja de este criterio es que permite continuar con el análisis de una restricción y evita que ciertas restricciones tradicionales no aprueben el primer paso. En tales casos, la salvación de esas restricciones depende de que estén acompañadas de una remuneración económica, cuestión que tradicionalmente entra en juego hasta el tercer paso. Cfr. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 700.

¹⁸⁸ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 144 a 149.

Asimismo, Hugenholtz y Okediji indican que la sola presencia de un propósito especial o específico que justifique la restricción, es más que suficiente para aprobar el primer paso. Cfr. Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 487.

En igual sentido, *vid.* Gervais, Daniel J., *op. cit.*, nota 155, pp. 15 y 16; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 54.

¹⁸⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 766 y 767.

¹⁹⁰ De conformidad con este jurista –y como explicamos más adelante *infra* apartado 6.4.3– el tercer paso de la regla de los tres pasos se refiere al principio de proporcionalidad, en donde se ponderarán los intereses legítimos del autor. ¿Y contra qué se ponderarán esos intereses? Senftleben responde afirmando que contra los intereses contrapuestos de acceso a las obras, es decir, contra “determinados casos especiales” que deben estar debidamente justificados a la luz de las políticas públicas; de ahí que concluya la importancia de hacer un escrutinio de la justificación de esos casos en el primer paso, para poder estar en aptitud de realizar la ponderación del tercer paso. Cfr. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 153.

¹⁹¹ Que es: “having and individual or limited application or purpose”, “containing details; precise, specific”, “exceptional in quality or degree; unusual; out of the ordinary” o “distinctive in some way”.

pero se aparta de esa fuente invocando que debe existir cautela cuando se interpreta un término creado en el contexto del derecho de reproducción para ser aplicado al contexto de otros derechos exclusivos; además, el Grupo Especial invoca precedentes de la OMC en donde se rechaza valorar los propósitos u objetivos buscados por la legislación nacional (es decir, se evita evaluar las políticas públicas de los estados miembros de la OMC)¹⁹².

La determinación del Grupo Especial de la OMC ha sido muy criticada. Por ejemplo, Senftleben advierte las inconsistencias en el razonamiento del panel, pues aunque ese órgano colegiado inicia su análisis diciendo que se deben tomar en cuenta aspectos cuantitativos y cualitativos, inmediatamente olvida esa premisa y el resto de su motivación la basa exclusivamente en aspectos cuantitativos. De acuerdo con el autor en glosa, el rechazo para examinar las políticas públicas que hizo el Grupo Especial es entendible, dado que se trató de un foro en materia de comercio internacional, pero esto se tradujo en un sacrificio del criterio cualitativo en pos de la soberanía de los estados¹⁹³.

A mayor abundamiento, si bien los porcentajes manejados por el panel son tan amplios que parecen convincentes en relación a que la restricción ampara la mayoría de los usos cubiertos por el derecho respectivo, Senftleben advierte que el punto de partida del Grupo Especial es el inciso (iii) del a. 11 Bis.1 del Convenio de Berna, el cual sólo contempla una modalidad muy menor de la facultad de comunicación pública (comunicación por bocinas de obras radiodifundidas), por lo que, a lo mejor, un análisis cuantitativo de los usos amparados por la restricción juzgada no hubiera sido tan contundente si se tomaba como parámetro la facultad general de comunicación pública y no sólo la modalidad de comunicación por bocinas de obras radiodifundidas^{194, 195}.

Y luego de afirmar que, en la mayoría de los casos, no es fácil medir cuantitativamente el alcance de ciertos usos de una obra, Senftleben concluye:

A mere quantitative inquiry is manifestly unsuitable. In cases where a limitation serves socially valuable ends, the first criterion would be blinded to the crucial importance of the limitation and the legitimacy of the underlying public policy considerations. Instead, the limitation probably not survive the quantitative scrutiny and be rendered incapable of fulfilling the first criterion¹⁹⁶.

¹⁹² Informe del Grupo Especial de la OMC, pp. 32 y 33.

Respecto del caso concreto que se sometió a consideración del panel, este concluyó que la *excepción empresarial* no podía considerarse un determinado caso especial en términos del a. 13 del ADPIC, dado que el porcentaje de establecimientos que se benefician de esa restricción son una amplia mayoría en EUA, por lo que no hay forma de considerar que una ley que concede una exención a la mayor parte de usuarios pueda considerarse un caso especial (*ibidem*, p. 37). En cambio, con relación a la *excepción casera*, el panel estimó que sí aprobaba el primer paso, dado que los establecimientos que pueden beneficiarse de ellas son una minoría (*ibidem*, pp. 41 y 42).

¹⁹³ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 140.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 142.

¹⁹⁵ Debemos recordar que en el Convenio de Berna no regula las diversas facultades del derecho de explotación en forma sistemática y armónica, pues su incorporación fue progresiva y fragmentada como fruto de las negociaciones de diversas conferencias diplomáticas. Por lo tanto, las diferentes modalidades de la facultad de comunicación pública se encuentran dispersas en varios numerales de ese tratado. En cambio, en el a. 8° del TODA sí se contempla una facultad general de comunicación pública, la cual abarca todas las modalidades de esta forma de explotación.

¹⁹⁶ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 144.

Como se puede observar, no hay consenso sobre cuál es el estándar fijado por el primer paso¹⁹⁷, pues algunos lo interpretan como la necesidad de una clara definición y limitación del alcance de la restricción al derecho de explotación, mientras que otros estiman que basta sólo encontrar una justificación válida para restringir el derecho. La segunda interpretación es más flexible, pues abre la puerta a mayor número de restricciones al derecho de explotación (incluso, podría decirse que es de corte neoconstitucionalista); mientras que la primera interpretación es más estricta, cerrando la puerta a algunas restricciones al derecho de explotación, pero está basada en un sólido argumento de carácter histórico.

6.4.2.- Segundo paso.

El segundo criterio de la regla de los tres pasos, consistente en que “no se atente contra la explotación normal de la obra”, genera opiniones muy encontradas, pues para algunos es el paso más importante¹⁹⁸, y para otros es el más polémico¹⁹⁹. Y es que el segundo paso nos pone en la mesa el tema de los aspectos económicos del derecho de explotación, los que toman aquí una posición central.

La pregunta –nada fácil de responder– se refiere a cuándo la explotación de una obra es “normal” y, por ende, no puede ser afectada por una restricción al derecho de explotación.

Ficsor indica que el vocablo “normal” es un adjetivo que indica que algo es *ordinario, usual, típico, regular*, etc. Lo cual puede ser entendido de dos formas diferentes: (1) como una referencia a una conclusión *empírica* sobre lo que es común en cierto contexto o en una determinada comunidad, o (2) como la referencia a algunos estándares *normativos*²⁰⁰.

El enfoque empírico ha sido criticado por Paul Goldstein dado su carácter circular. En efecto, un autor normalmente explotará sus obras únicamente en los mercados respecto de los que se le han otorgado derechos para controlarlos; de esta forma, por mera definición, los mercados donde el legislador ha concedido la libre explotación de la obra (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación) no se encontrarían dentro del ámbito de la normal explotación de la obra²⁰¹.

¹⁹⁷ Coincide en esta opinión, Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 16.

¹⁹⁸ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 767.

De hecho, este es un punto de amplio debate, como nos refiere Casas: “Para algunos, el primer paso es el más importante, como pensaban quienes concibieron la prueba. Para otros, en cambio, el centro de gravedad debe situarse en el segundo. Y, como sabemos, no faltan quienes consideran que, a todo trance, debe llegarse al tercero”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 697.

¹⁹⁹ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 6; Peukert, Alexander, “A bipolar copyright system for the digital network environment” en Strowel, Alain (coord.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 164.

²⁰⁰ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 284.

En el mismo sentido, *cfr.* Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 23; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 168; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

²⁰¹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 295.

En este sentido, explica Senftleben: “Uses which are exempted by virtue of a limitation do not form part of an author’s normal mode of exploiting a work. Naturally, authors are not expected to exploit their work in areas which are placed beyond their control by a copyright limitation. Their normal way of deriving economic value from creative works is strongly influenced by the limits set to exclusive rights”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 172.

Para resolver la paradoja que presenta el enfoque empírico (y así romper el círculo), se ha propuesto tomar como punto de partida los mercados de explotación de la obra *antes* de que el sistema jurídico introduzca la restricción al derecho de explotación. Sin embargo, como establece Senftleben, esto no resuelve el problema de fondo. En efecto, un análisis histórico sólo nos mostraría cuál era el mercado normal en un momento dado (por ejemplo, hace 50 años), pero poco nos dice sobre si una restricción introducida hace varias décadas afecta la explotación normal de la obra el día de hoy²⁰².

Es decir, el segundo paso sólo serviría para impedir la inclusión de restricciones al momento en que el mercado es relevante, pero dejaría abierta la puerta a que se introdujeran restricciones que no afectan mercados relevantes en ese momento, pero que podrían adquirir relevancia en el futuro; y así se produciría una extraña situación: una restricción no se consideraría jurídicamente como atentatoria contra la normal explotación de la obra, incluso en el caso de que afecte al principal mercado de una obra, por el mero hecho de que la legislación plasmó la restricción antes de que el mercado en cuestión adquiriera relevancia económica.

Ante estos y otros problemas que plantea el enfoque empírico, buena parte de la doctrina se inclina por una visión *normativa* del segundo paso²⁰³.

La visión normativa encuentra su punto de partida en la historia de la redacción del a. 9.2 del Convenio de Berna. El reporte formulado por el Grupo de Estudio de 1964 señaló que, en principio, debían estar reservadas a los autores *todas* las formas de explotación de obras que tuvieran o fuera probable que adquirieran una importancia económica o práctica *considerable*; y, finalmente, en el texto que propusieron para el Convenio de Berna se señalaba que la obra podía reproducirse para propósitos específicos, siempre que tales propósitos no entraran en competencia con las obras²⁰⁴.

De esta manera, la referencia tanto a las formas de explotación actuales, como a las potenciales, le añade un elemento dinámico a la visión normativa del segundo paso que no está presente en la visión empírica (que se enfoca, más bien, a los mercados presentes que ya controla el autor). Por lo tanto, bajo esta perspectiva, si una restricción al derecho de explotación ampara un uso que al momento de establecerse la restricción no es tan relevante, pero que posteriormente adquiera importancia, se concluiría que afecta la normal explotación de la obra, y por ende, tal restricción debería reformarse o abolirse²⁰⁵.

Tomando en consideración lo ya dicho sobre la visión normativa, Ficsor concluye que una restricción entra en conflicto con la normal explotación de la obra si cubre cualquier forma de explotación que ha tenido o es posible que adquiera una importancia tan considerable, que quienes hacen uso de esa restricción pueden entrar en competencia económica con el ejercicio del derecho del autor sobre la obra, es decir, se entra en conflicto con la normal explotación de la obra cuando se menoscaba tal explotación en el mercado²⁰⁶.

²⁰² Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 172 y 173.

²⁰³ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 15; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 7; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 285; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 60; Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 23; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 176; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

²⁰⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 284 y 285; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 55; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 177 y 178.

²⁰⁵ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 178.

Cfr. también Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 702.

²⁰⁶ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 285 y 516.

Si bien la conclusión básica de Ficsor es compartida por buena parte de la doctrina²⁰⁷, se suele matizar esa conclusión para no dejarla tan abierta. En este sentido, Mazziotti nos recuerda que en los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, quedó documentado que no se buscaba reservar a los autores todos y cada uno de los posibles segmentos del mercado, sino sólo los de *considerable importancia* (no sólo económica, sino también práctica)²⁰⁸.

Por tal razón, Senfleben rechaza la visión neoliberal que sólo admite restricciones al derecho de explotación donde existen fallas de mercado (y por ende, donde el titular de derecho no puede fácticamente conceder licencias), de manera que, desde su punto de vista, no todo segmento del mercado puede considerarse dentro del concepto “normal explotación”, por lo que para determinar cuáles son los segmentos que tienen importancia considerable debe tenerse una visión de toda la comercialización de la obra²⁰⁹.

Lo que lleva a dicho académico a concluir que la prohibición de entrar en conflicto con la normal explotación de la obra sólo protege el *núcleo* de carácter económico del derecho de explotación, o sea, los usos que impliquen las *mayores fuentes* de regalías contractuales; de forma que si se afecta una fuente menor de regalías, no hay un menoscabo substancial al mercado de la obra y, por ende, no hay conflicto con su normal explotación²¹⁰.

Esto nos genera la siguiente pregunta: ¿cómo distinguir entre lo que está incluido en el núcleo económico del derecho de explotación y lo que está fuera? Senfleben contesta diciendo que ese análisis lo debemos de hacer partiendo de toda la comercialización de la obra en su conjunto, y no de los mercados particulares que se desprenden de cada derecho de explotación reconocidos por los tratados internacionales (pues como ya se vio, su regulación es asistemática por razones históricas); por lo tanto, se debe contrastar el porcentaje de impacto que un segmento de mercado tiene en la totalidad de la explotación de la obra. De esta forma, Senfleben concluye que una restricción al derecho de explotación sólo entra en conflicto con la normal explotación de la obra si hay una afectación substancial a la comercialización total de la obra, privando al autor de una fuente mayor de ingresos²¹¹.

Dicha conclusión es aceptable cuando una sola persona (por ejemplo, el autor) es el titular de todas y cada una de las facultades del derecho de explotación, ya que en ese caso se tiene, *prima facie*, el control de explotación total de la obra en todos los mercados. Sin embargo, dadas las reglas y costumbres de contratación en materia autoral que permiten transmitir por separado cada modalidad de cada facultad del derecho de explotación²¹², no es nada raro que, respecto de una misma obra, hayan varios titulares (tantos como mercados o formas de explotación puedan existir). En este sentido, y por poner un ejemplo, una

²⁰⁷ Por ejemplo, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

²⁰⁸ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 84.

²⁰⁹ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 183.

De igual forma, López Maza no acepta la postura neoclásica, afirmando: “Si los titulares de derechos pudieran utilizar el conjunto entero de formas de explotación digital, el segundo paso de la regla sería insuperable por casi todas las limitaciones”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 59.

²¹⁰ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 188.

²¹¹ *Ibidem*, p. 193.

²¹² Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 31, pp. 26 y 29; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 105; Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, pp. 120 y 147; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 277.

persona pudo haber adquirido en exclusiva la posibilidad de explotar una obra para sistemas de televisión restringida por cable (o al revés, el autor pudo haber cedido todas las modalidades a otra persona menos esa); y supongamos que se establece una restricción que afecta substancialmente dicho mercado, puede suceder que tal mercado sea poco significativo dentro de la totalidad del espectro de comercialización de la obra (y por lo tanto, no atenta contra la normal explotación de la obra desde el punto de vista de Senftleben), empero, sí afecta la normal explotación de ese segmento de mercado y, en particular de ese titular²¹³.

Esto nos trae a colación un punto del que poco se ha hablado hasta ahora en sede de restricciones al derecho de explotación: la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Lo que en un contexto puede ser muy razonable (medir la afectación a la normal explotación de la obra con base a la totalidad del mercado), en otro contexto diferente puede ser muy injusto y afectar a fondo los intereses de los autores. Se puede alegar que, en el ejemplo que dimos, los sujetos debían saber de antemano que la explotación de la obra sistemas de televisión restringida por cable no era un mercado significativo y no estaba dentro de ese “núcleo económico del derecho de explotación”, por lo que debían de tomar en cuenta esa situación (y riesgo) antes de celebrar los respectivos contratos. Esto nos mete de lleno sobre los métodos adecuados para restringir los derechos de explotación y los factores que se deben tomar en cuenta, tema sobre el que profundizamos en el capítulo último de la presente investigación.

De cualquier forma, queda claro que al determinar el núcleo económico del derecho de explotación, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

En otro orden de ideas, al momento de analizar el segundo paso de la regla tripartita, Geiger encuentra un peligro en la referencia a las futuras formas de explotación, pues cada vez que una innovación técnica permita el control de usos que antes no podían controlarse, se crearían nuevas posibilidades de explotación que paralizarían la posibilidad de establecer restricciones al derecho de explotación; inclusive, podría llegarse a la desaparición misma de las restricciones. Por lo que dicho investigador propone adoptar, no sólo un enfoque normativo, sino una noción muy restringida de “normal explotación de la obra”, para evitar la aniquilación de los poderes discrecionales de legisladores y jueces²¹⁴.

Por tal razón, Casas Vallés indica con acierto:

No basta pues saber cuál es o puede ser la explotación normal. Hay que preguntarse también cuál debería ser, cuando estén en juego intereses o derechos como la libertad de información y opinión, la investigación o el acceso a la cultura²¹⁵.

En cuanto a la postura del Grupo Especial de la OMC, otra vez se vale del diccionario para definir la palabra “normal”, lo que lo lleva a determinar que la expresión tiene dos connotaciones: una empírica (lo que es regular, usual, típico u ordinario) y otra normativa (lo relacionado a un tipo o estándar). Y apoyado en el a. 31 de la Convención de Viena, el

²¹³ O quizás pudiera pensarse que si bien esta cuestión es irrelevante al hacer el análisis del segundo paso, no puede soslayarse en el tercer paso, al estudiarse a la afectación de los intereses del autor o del titular del derecho.

²¹⁴ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, pp. 6 y 7.

²¹⁵ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 703.

panel considera que no debe decidir cuál de los dos enfoques es el más relevante, sino que trata de hacer una interpretación armónica que tome ambas connotaciones²¹⁶.

En dicho tenor, afirma el panel que si por explotación “normal” entendemos el uso completo de todos los derechos de explotación, la cláusula de excepción del a. 13 del ADPIC carecería de significado; por lo que, de entrada, explotación “normal” es algo *menos* que el uso completo del derecho de explotación²¹⁷.

Luego, el Grupo Especial determina que la normal explotación de la obra presupone la posibilidad de ejercer *por separado* cada uno de los derechos de explotación conferidos por los tratados internacionales²¹⁸. Y sobre este particular, el panel reconoce la posibilidad de ceder por separado los derechos y la posibilidad de que, si para justificar la interferencia a un derecho con base a que otro derecho (de otro titular) genera más ingresos, se produciría el absurdo de que a unos titulares se les privaría de sus ganancias por el hecho de que otros titulares tienen derechos más lucrativos²¹⁹.

Posteriormente, el panel se remite a los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, y concluye que, para medir el aspecto normativo de la expresión “explotación normal”, no sólo se deben tomar en cuenta las formas de explotación que actualmente generan ingresos considerables, sino también aquellas que con cierto grado de posibilidad o plausibilidad puedan adquirir considerable importancia económica o práctica²²⁰.

De manera que el Grupo Especial concluye que una restricción alcanza a entrar en conflicto con la explotación normal de la obra, si los usos permitidos generan competencia económica en las formas en que los titulares de derechos normalmente extraen valor pecuniario de su derecho sobre la obra y, por consiguiente, se les priva de ganancias económicas significativas²²¹.

En resumidas cuentas, podemos observar que tampoco hay acuerdo en qué constituye una afectación a la normal explotación de la obra²²², ni mucho menos a los parámetros que se deben tomar en cuenta al evaluar el segundo paso de la regla en estudio.

6.4.3.- Tercer paso.

El tercer y último elemento de la regla de los tres pasos, consistente en que “no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (o del “titular” en algunos

²¹⁶ Informe del Grupo Especial, p. 43.

²¹⁷ *Idem*.

De hecho, posteriormente el panel establece que no todo uso de una obra que genere una ganancia económica, necesariamente entra en conflicto con la normal explotación de la obra, pues de ser tal el caso, difícilmente una restricción aprobaría el segundo paso de la regla de los tres pasos. *Ibidem*, p. 47.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 45.

²²⁰ *Ibidem*, p. 46.

²²¹ *Ibidem*, p. 47.

Aplicando dichos criterios al caso concreto que tenía resolver, el Grupo Especial determinó, respecto de la excepción empresarial, que sí entraba en conflicto con la normal explotación de la obra, pues la mayor parte de establecimientos de alimentos y bebidas, y cerca de la mitad de las tiendas minoristas, se beneficiaban de dicha restricción, y dichos establecimientos constituyen una fuente potencial de grandes regalías. *Ibidem*, p. 53.

Y en cuanto a la excepción casera, el panel resolvió que no existía conflicto, dado que se aplica a casos en los que los establecimientos son tan menores, que preferirían dejar de tocar música que pagar una licencia. *Ibidem*, p. 55.

²²² En igual sentido, Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 16.

tratados). Existe un sector destacado de la doctrina que entiende este paso como una ponderación (*balancing*)²²³, e incluso hay quienes expresamente se refieren al principio de proporcionalidad²²⁴ o razonabilidad²²⁵. Sin embargo, no hay consenso sobre cómo realizar dicha ponderación y sobre los elementos relevantes a tomar en cuenta.

Por ejemplo, para Ficsor el adjetivo clave es “legítimos”, el cual puede ser entendido en dos formas diversas: (1) como “interés jurídico”, es decir, el interés del titular de derechos de disfrutar del ejercicio del derecho de explotación en los más amplios términos; o (2) como aquellos intereses que son justificables por estar apoyados en normas sociales o en políticas públicas relevantes. El jurista en glosa, apoyándose en los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, se decanta por la primera opción²²⁶, y concluye que la restricción no afecta injustificadamente los intereses del autor cuando no va “más allá de cierto nivel de perjuicio” (lo que debe ser justificado con base a políticas públicas sólidas)²²⁷.

Además, y adhiriéndose totalmente al reporte del Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo, Ficsor estima que el perjuicio injustificado a los intereses del autor puede evitarse mediante la introducción de un derecho de remuneración; empero no todas las licencias legales estarían permitidas, pues tales remuneraciones sólo serían relevantes al evaluar el tercer paso, pero no para determinar si se afecta la normal explotación de la obra (segundo paso)²²⁸.

Por su parte, Ginsburg y Ricketson consideran que los “intereses legítimos” de los autores abarcan tanto los pecuniarios como los no económicos, pero ambos deben tener alguna justificación subyacente²²⁹. Asimismo, y con base en los trabajos de la conferencia de Estocolmo, estos juristas encuentran que cualquier restricción al derecho de reproducción afecta, invariablemente, los intereses del autor, por lo que se puso el requisito de que el perjuicio a esos intereses no fuera “injustificado”²³⁰. De igual forma, y con base a los trabajos preparatorios de la citada conferencia diplomática, los autores en glosa

²²³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 287; Gervais, Daniel J., *op. cit.*, nota 155, p. 17; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 774; Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 16; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 160 y 163.

²²⁴ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 776; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 226.

El principio de proporcionalidad es explicado a fondo en el apartado 5 del primer capítulo de la presente investigación.

²²⁵ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 61.

²²⁶ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 286 a 288.

²²⁷ *Ibidem*, p. 516.

²²⁸ *Ibidem*, p. 288.

En el mismo tenor, Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 704 (quien advierte que, de lo contrario, se degradarían fácilmente los derechos de explotación); Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 199, p. 164; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 163 y 164 (quien, además, apunta que los derechos de remuneración son más débiles que los derechos de explotación, por no permitir controlar el uso de la obra).

²²⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 774.

²³⁰ *Idem*.

No parece existir controversia alguna en cuanto a que la regla de los tres pasos permite afectar los intereses de los autores, pues si se interpreta el tercer paso a *contrario sensu*, se verá que sólo son válidos los perjuicios que sean justificados o razonables. *Cfr.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 84.

Cfr. también Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 15; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 163.

suscriben el criterio de que el perjuicio puede ser justificado si existe una licencia no voluntaria (aunque esto no curaría el no cumplir con el segundo paso)²³¹.

A mayor abundamiento, Ginsburg y Ricketson estiman que la palabra “injustificado” se refiere a algo que no es proporcionado o no está dentro de los límites de la razón, por lo que se exige una proporcionalidad en la afectación de los intereses de los autores, por ejemplo, que el uso permitido se realice sólo bajo ciertas circunstancias o conforme a determinados lineamientos, que se respete la paternidad de la obra o se pague una remuneración por el uso²³².

En cambio, Senftleben entiende el tercer paso como una prueba de proporcionalidad que está integrada por dos momentos: (1) en un primer momento se deben dilucidar cuáles son los intereses de los autores que pueden calificarse como legítimos, y (2) luego debe determinarse si esos intereses se afectan en forma injustificada. Lo que se buscaría es encontrar un equilibrio entre las preocupaciones de los autores y del público, lo que implica que cada uno de esos lados deben avanzar hacia el centro, por lo que los autores no pueden esgrimir todo tipo de consideraciones (sólo se toman en cuenta sus intereses legítimos), mientras que los usuarios sólo pueden beneficiarse de restricciones que estén dentro de parámetros justificados²³³.

Así, de acuerdo con Senftleben, en un primer momento habría que ver qué intereses de los autores alcanzan el rango de “legítimos”. Este jurista rechaza la postura positivista de Ficsor de considerar que “intereses legítimos” se traduce en el “interés jurídico” del autor, pues eso derrumba el propósito del tercer paso, el cual simplemente hubiera mejor hablado de los “derechos del autor” en lugar de los “intereses legítimos del autor”; sino que, más bien, considera que los intereses legítimos son aquellos que pueden justificarse con base a normas sociales o políticas públicas relevantes (lo que incluye también los intereses no económicos de los autores)²³⁴. En este sentido, Senftleben se apoya en el subprincipio de *idoneidad* del principio de proporcionalidad²³⁵, para concluir que sólo son legítimos los intereses de los autores que sirvan (que sean idóneos) para promover los fines que justifican la protección de los derechos de autor (expresión personal, vivir de la explotación de obras, etc.), pues de lo contrario, se estaría afectando desproporcionadamente al dominio público²³⁶.

Por lo que hace al segundo momento (evitar el perjuicio injustificado), Senftleben indica que no sólo debe existir una política pública que justifique la restricción al derecho de explotación, sino que además debe ser proporcionada en el sentido de que los intereses del autor no se afecten injustificadamente. Para lo cual, este jurista invoca el subprincipio

²³¹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 775 y 776.

²³² *Ibidem*, p. 776.

²³³ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 226 y 227.

²³⁴ *Ibidem*, p. 230.

Este autor concluye que los intereses no económicos, protegidos por los derechos morales, deben tomarse en cuenta al hacer el análisis de tercer paso en sede del Convenio de Berna, dado que se habla de los intereses legítimos “del autor”. En cambio, el enfoque debe ser diferente en ADPIC, dado que este tratado excluye de tajo a los derechos morales, y sólo toma en cuenta los intereses del “titular de derechos”. *Vid. ibidem*, pp. 222 a 226.

²³⁵ La máxima parcial de idoneidad se refiere a los fines legítimos que deben buscarse por una afectación a una norma jurídica formulada como un principio. *Cfr.* el apartado 5.2.1 del capítulo primero.

²³⁶ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 230 y 231.

de *necesidad*²³⁷, de manera que los legisladores deben optar por restringir el derecho de explotación en la menor medida de lo posible (alternativa menos dañina)²³⁸.

Una vez revisada la doctrina más destacada, veamos lo resuelto por el Grupo Especial de la OMC. De acuerdo con este panel, primero se deben definir los “intereses” de los titulares que entran en juego y qué características son las que los hacen “legítimos”; posteriormente se debe interpretar el término “perjuicio” y determinar qué nivel de este debe considerarse “injustificado”²³⁹.

De acuerdo con el Grupo Especial la noción de “intereses” no se limita a ventajas o detrimentos de tipo económico actuales o potenciales. En cuanto al término “legítimo”, si bien se puede identificar con “licitud” desde un punto de vista positivista, el panel señala que también puede considerarse una alusión a que la protección de los intereses sea justificada a la luz de los propósitos subyacentes en la tutela de los derechos de explotación. Asimismo, el panel determina que “perjuicio” significa daño, afectación o lesión; mientras que “injustificado” es, a decir del Grupo Especial, un criterio un poco más estricto que el de “justificado”, significando este último proporcionado, dentro de los límites de la razón, etc.²⁴⁰.

Posteriormente el panel se enfoca a determinar qué grado de perjuicio puede considerarse como injustificado, y determina que, desde su punto de vista (al cual reconoce como incompleto y conservador), los intereses legítimos deben observarse a la luz del valor económico de los derechos de explotación, para lo que hay que ver el valor de su ejercicio (a través del licenciamiento)²⁴¹. Y concluye el Grupo Especial de la siguiente manera:

In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exceptions or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner²⁴².

La pregunta obligada es ¿y cuándo la pérdida de ganancias debe considerarse injustificada? El Grupo Especial de la OMC está incurriendo en una petición de principio²⁴³, pues da un argumento circular: un perjuicio a los intereses de los autores es *injustificado* si pierde dinero en forma *injustificada*. Este razonamiento no puede ser más endeble y carente de lógica; al final, parece estarnos enviando de regreso al segundo paso, para evaluar qué tanto se está afectando la explotación normal de la obra.

²³⁷ El subprincipio de necesidad implica encontrar la solución que menos afecte el derecho, de entre todas aquellas que sean idóneas. *Cfr.* el apartado 5.2.2 del capítulo primero del presente trabajo.

²³⁸ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 235 y 236.

²³⁹ Informe del Grupo Especial, p. 56.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 57.

²⁴² *Ibidem*, pp. 57 y 58.

En el caso particular que debía resolver el Grupo Especial, este determinó que la excepción empresarial no cumplía con el tercer paso porque los EUA no demostraron que esa excepción no generaba un perjuicio injustificado (sic) a los legítimos intereses del titular de derechos (*ibidem*, p. 65); en cambio, el resultado fue diferente tratándose de la excepción casera, señalando el panel que los establecimientos amparados por esa excepción nunca han sido una fuente de ingresos significativa para las sociedades de gestión colectiva (*ibidem*, p. 67).

²⁴³ La petición de principio consiste en emplear la conclusión del argumento como una de sus premisas. *Cfr.* Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, trad. Jorge F. Malem Seña, 11a. reimp., Ariel, 2006, p. 132.

En fin, podemos apreciar que tampoco hay unanimidad sobre cómo interpretar este tercer paso.

Como se aprecia, la regla de los tres pasos es, hoy por hoy, un parámetro indeterminado, capaz de arrojar resultados imprevisibles, dado el poco acuerdo que existe sobre su interpretación. Más adelante abundaremos sobre las críticas a la fórmula de los tres pasos, pero primero observemos cómo ha comenzado a plasmarse en normas de derecho interno (lo que, veremos, nos reitera que esta prueba genera resultados imprevisibles).

6.5.- *La incorporación de la prueba de los tres pasos en las legislaciones internas.*

Se ha planteado la cuestión de quién es el destinatario de la regla de los tres pasos: ¿los legisladores o los jueces?²⁴⁴ Si se considera que los legisladores son los destinatarios, la consecuencia sería que el órgano productor de leyes debe cumplir tal regla al normar las restricciones al derecho de explotación, pero no sería necesario que, a su vez, plasmara la regla de los tres pasos en la legislación interna.

En cambio, si se considera a los jueces como destinatarios de la regla, se tendría que partir de la hipótesis de que el legislador plasmó la fórmula de los tres pasos en la ley doméstica o, en su caso, de la hipótesis de que los jueces pueden aplicar directamente la regla de los tres pasos sin intermediación legislativa. Cualquiera que sea el caso, estaríamos ante el fenómeno de la incorporación de la regla de los tres pasos al derecho interno.

Si bien es cierto que la regla de los tres pasos en los acuerdos internacionales (Berna, TODA, ADPIC, etc.) está dirigida primariamente a los legisladores internos²⁴⁵, resulta que en tiempos recientes se ha presentado el fenómeno de la incorporación de la regla de los tres pasos al derecho interno. Esto ha sido muy visible en la Unión Europea, pues varios legisladores han plasmado dicha regla al transponer la Directiva de la Sociedad de la Información²⁴⁶. Así, entre los países que han plasmado la regla de los tres pasos en su legislación interna, encontramos a España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Portugal, etc.²⁴⁷.

A guisa de ejemplo de este fenómeno, podemos mencionar el a. 40 Bis de la Ley de Propiedad Intelectual española, cuyo texto es el siguiente:

²⁴⁴ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 298; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 689; Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 3; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 280; Xalabarder, Raquel, "Fair use in Spain. The EUCD aftermath", Texto de la ponencia en el Congreso ATRIP de Buenos Aires, 2007, p. 7.

²⁴⁵ Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 244, p. 7; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

En este sentido, Cornish y Llewelyn consideran que la prueba de los tres pasos está destinada a las legislaturas nacionales, y no establece criterios que deban ser considerados en los litigios entre particulares, es decir, estos juristas estiman que los jueces no pueden utilizar tal regla como una herramienta para criticar el alcance de la legislación. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

En el mismo sentido, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 298.

²⁴⁶ En relación con el a. 5.5 de dicha directiva, no hay acuerdo entre los estados miembros de la Unión Europea, sobre si dicha norma va dirigida a los legisladores (como opinan Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia, etc.) o si debe transponerse mediante una reforma que la plasme en el texto legal. *Cfr.* Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 4.

Sobre el particular, Casas Vallés explica que no es obligatorio para los países comunitarios incluir la regla de los tres pasos en sus leyes nacionales, aunque siempre debe ser usada como criterio interpretativo por jueces internos. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 685.

Asimismo, *vid.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 11.

²⁴⁷ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 4; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 46.

Artículo 40 Bis.- Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

Como se aprecia, al incorporarse al texto legal español, dicha prueba se convierte en una *regla de dos pasos*, ya que no se hace mención alguna del requisito relativo a “determinados casos especiales”²⁴⁸. Sobre tal cuestión, nos ilustra López Maza: “La exclusión en el artículo 40bis del requisito de los ‘casos específicos’ podría deberse a que éste obliga al propio legislador y no al juez, aunque éste deberá, a la hora de interpretar una limitación, hacer uso de esa norma”²⁴⁹.

Además, destaca que en la ley española se altera el orden de los pasos²⁵⁰, iniciándose por el tercer paso y concluyéndose por el segundo. Esto nos demuestra que se empieza a superar la ortodoxia en la aplicación de la regla de los tres pasos, que propone un análisis escalonado y en el estricto orden que señalan los acuerdos internacionales²⁵¹. Asimismo, el hecho de que el referido a. 40 Bis establezca una *regla de interpretación*, nos hace evidente que se trata de una norma dirigida a los juzgadores²⁵².

Por lo tanto, explica Ribera Blanes lo siguiente a propósito de la situación de la regla de los tres pasos en la legislación hispana:

En consecuencia, estas dos condiciones no sólo se imponen al legislador a la hora de formular nuevos límites que afecten el derecho de reproducción, sino también al intérprete del derecho, que deberá juzgar si la aplicación el límite legal atenta contra alguna de las dos premisas establecidas en el art. 40 bis TRLPI y en función de esto llevar a cabo una actividad correctora de la generosidad legislativa²⁵³.

En el mismo sentido, López Maza explica que, cuando un juez interpreta una restricción, debe hacerlo de forma que el resultado interpretativo no atente contra la normal explotación de la obra, ni cause perjuicio a los intereses legítimos de los titulares; esto, no con el propósito de ampliar la respectiva restricción, sino de evitar aplicaciones desviadas²⁵⁴.

²⁴⁸ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 24; Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 244, p. 6.

²⁴⁹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 100.

²⁵⁰ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 100.

²⁵¹ *Vid. supra* la nota al pie 139 del presente capítulo.

²⁵² Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 27.

²⁵³ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 240.

De igual forma, López Maza considera que la regla de los tres pasos no sólo es una norma para la adopción de restricciones, sino también para su interpretación y aplicación. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 6.

Por su parte, Germán Bercovitz estima que el referido a. 40 Bis, introduce en España una cláusula abierta, tipo *fair use*. *Vid.* Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 109.

En contra, Casas Vallés considera que “estaría fuera de lugar hacer de la prueba un límite en sí mismo, capaz de funcionar al margen de la tipificación establecida; por grande que pueda ser la tentación en algunos casos”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 690.

²⁵⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 51.

En términos similares, *cfr.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 86.

Así, se establece un sistema defendido por una doble barrera: 1) la descripción legislativa de los casos concretos de uso lícito no autorizado, y 2) luego el análisis de esos criterios con base a la ahora regla de los dos pasos²⁵⁵.

El juzgador parece, así, ejercer una función de control sobre el legislador. De ahí que Griffiths, explique:

The “test” has also recently come to play a significant role in domestic copyright laws, not only through its role as a restriction on legislative freedom, but also as a result of the transposition of its terms, either directly or indirectly, into national laws themselves. Where the “test” has been incorporated in national law, courts have been obliged to test the compatibility of existing legislative exceptions with the “three-step test” in particular concrete circumstances. In European courts, in particular, national judges have increasingly been required to apply the “test” in this manner²⁵⁶.

No obstante, Casas Vallés estima que los jueces no pueden valerse de la regla de los tres pasos para eliminar las restricciones formuladas por el legislador, ni para abiertamente enmendar la ley²⁵⁷. En este tenor, la regla de los tres pasos es proclive a ser utilizada como un candado que sirva para favorecer lecturas limitativas de cada restricción²⁵⁸.

Sin embargo, ya en el plano empírico, particularmente en la aplicación de la regla de los tres pasos por jueces nacionales europeos, ha quedado de manifiesto que cada quien interpreta esa regla de un modo diferente. Así, en casos resueltos en países como Francia, Bélgica o los Países Bajos, se ha hecho una interpretación muy estricta de la regla (en la misma tónica que el Panel de la OMC), y se le ha utilizado como un instrumento para limitar las restricciones a los derechos de explotación. Pero también existen judicaturas como la de Alemania, España y Suiza, que han interpretado en forma muy flexible y liberal la regla de los tres pasos, llegando a resultados cercanos al *fair use* estadounidense²⁵⁹.

En otro orden de ideas, hay que señalar que la incorporación de la regla de los tres pasos a leyes internas no es un fenómeno exclusivo de la Europa comunitaria, como nos demuestra la legislación China.

Efectivamente, si bien es cierto que la Ley de Derecho de Autor de la República Popular de China (particularmente su a. 22) no hace referencia a la fórmula de los tres pasos, el Reglamento para la Implementación de la Ley de Derecho de Autor de ese país, en su a. 21, claramente señala que al usar una obra al amparo de una restricción permitida en la ley autoral, no debe afectarse la explotación normal de dicha obra, ni tampoco causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular de derechos²⁶⁰. De nueva cuenta se aprecia que esta regla se reduce a sólo dos pasos, cuando se incluye en el derecho interno.

Otro ejemplo lo encontramos en Australia, cuya *Copyright Act* también incorpora la regla de los tres pasos, como se puede apreciar en su a. 200AB.1:

²⁵⁵ Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 244, p. 7.

²⁵⁶ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 2.

²⁵⁷ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 690.

Sin embargo, en la jurisprudencia holandesa ya se han presentado varios casos en donde los tribunales se niegan, siquiera, a analizar las restricciones previstas en la ley, al haber comprobado previamente que las mismas no cumplen con la regla de los tres pasos. *Cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 96, p. 3.

²⁵⁸ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 685.

²⁵⁹ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, pp. 4 a 10; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 33 y 34.

²⁶⁰ *Cfr.* Ganea, Peter, “Copyright” en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, p. 246.

200 AB.- Use of works and other subject-matter for certain purposes

(1) The copyright in a work or other subject-matter is not infringed by a use of the work or other subject-matter if all the following conditions exist:

(a) the circumstances of the use (including those described in paragraphs (b), (c) and (d)) amount to a *special case*;

(b) the use is covered by subsection (2), (3) or (4)²⁶¹;

(c) the use *does not conflict with a normal exploitation* of the work or other subject-matter;

(d) the use *does not unreasonably prejudice the legitimate interests* of the owner of the copyright (énfasis añadido)²⁶².

Sin embargo, debido a que las restricciones citadas sólo aplican en esos sectores no comerciales, para ciertos usos concretos, cuando no aplique ninguna licencia legal, y apruebe además la regla de los tres pasos, hay quienes consideran que el a. 200AB de la ley australiana contiene, más bien, una regla de *nueve pasos*²⁶³.

En el ámbito latinoamericano tenemos casos muy interesantes. Por ejemplo, aunque la legislación autoral de Perú no tiene formulada la regla de los tres pasos, el INDECOPI ha utilizado tal regla como un criterio adicional para la aplicación de las restricciones formuladas por el legislador, afirmando que para que una conducta esté amparada por una restricción:

no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación en la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho. Esto es lo que se conoce como la regla de los tres pasos o condiciones²⁶⁴.

Aquí, por vía jurisprudencial, el derecho peruano está incluyendo una regla de dos pasos para la interpretación de las restricciones al derecho de explotación previstas en la ley.

Por el contrario, la Ley 9.610 de Brasil (sobre *direitos autorais*), en su a. 46, fr. VIII, plasma expresamente la regla pero reduciéndola sólo a los dos últimos pasos (aunque únicamente está referida a una especie de derecho de cita en obras plásticas). De conformidad con la doctrina brasileña²⁶⁵, se trata de una norma dirigida al intérprete/aplicador de la ley.

Nuestro país es un caso particular, pues el legislador nacional incorpora la regla de los tres pasos en la LFDA, pero lo hace en forma parcial. De hecho, únicamente incorpora uno solo de los tres pasos (aunque se podría argumentar que en realidad incorpora dos). En efecto, el primer párrafo del a. 148 de nuestra legislación autoral establece que las obras “ya divulgadas podrán utilizarse, *siempre que no se afecte la explotación normal de la*

²⁶¹ Estos incisos se refieren a ciertos usos por parte de bibliotecas y archivos, instituciones educativas, y personas con capacidades diferentes.

²⁶² Además, el inciso 7 de este artículo, indica que las expresiones “conflicto con la normal explotación”, “caso especial” y “perjuicio injustificado a los legítimos intereses”, tienen el mismo significado que les atribuye el a. 13 del ADPIC.

²⁶³ Weatherall, Kimberlee, “Of copyright bureaucracies and incoherence: stepping back from Australia’s recent copyright reforms”, *Melbourne University law review*, Australia, vol. 31, 2007, p. 31.

²⁶⁴ Resolución 371-2001/TPI-INDECOPI de 11 de abril de 2001, dictada por la Sala de Propiedad Intelectual en el expediente 770/1999-ODA.

²⁶⁵ Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, *op. cit.*, nota 136, p. 156.

obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:” (énfasis añadido), lo que es una clara incorporación del segundo paso.

Se puede alegar que la frase “sólo en los siguientes casos”, implica la incorporación del primer paso (ciertos casos especiales); sin embargo, no creemos que tal interpretación sea plausible, pues, por un lado, no hay acuerdo sobre si el primer paso implica que las restricciones deben regularse taxativamente en ley²⁶⁶, y en segundo lugar, el listado legal estaría señalando los casos especiales, lo que, hipotéticamente, sería cumplir con el primer paso, sin necesidad de introducir o plasmar la exigencia de ese primer paso en la ley interna.

De cualquier forma, es evidente que la regulación mexicana es deficiente, tanto en el caso de que se considere que sólo contempla un paso, como si se estima que únicamente contempla dos (máxime que, si se quiere hacer una fórmula de sólo dos pasos –como sucede en Europa–, lo lógico es que se contemplen los pasos segundo y tercero). En ambos casos falta el tercer paso, el cual, a nuestro entender, es el de mayor importancia²⁶⁷. De nueva cuenta, la mala confección de nuestra ley salta a la vista.

Con esto concluimos el estudio de la regla de los tres pasos, por lo que en el siguiente apartado la sometemos a examen y exponemos nuestras principales conclusiones sobre esta figura jurídica.

6.6.- Conclusiones provisionales acerca de la regla de los tres pasos.

Con lo dicho en los apartados previos, se puede observar una generalización en cuanto al ámbito de aplicación de la regla de los tres pasos, pues concebida originalmente para la facultad de reproducción, se ha ido extendiendo, no sólo a otras facultades del derecho de explotación, sino a otros ámbitos fuera del derecho autoral, como es el derecho de las creaciones industriales. Sin embargo, hay que cuestionar si eso es adecuado y, sobre todo, si la regla de los tres pasos es o no una solución idónea.

Ya vimos que en la doctrina no hay un consenso sobre la interpretación de cada uno de los criterios de la fórmula de los tres pasos. Es imposible, por el momento, encontrar una interpretación definitiva o estable; incluso, el criterio de los comentaristas más connotados del Convenio de Berna, como es el caso de Ricketson, ha venido modificándose como reacción a nuevas posturas doctrinales.

Además, destaca que la mayor parte de las interpretaciones doctrinarias se basan principalmente en un argumento psicológico²⁶⁸, pues le dan una total preponderancia a los *trabajos preparatorios* de la conferencia de Estocolmo, privilegiando la voluntad de los redactores, personas de carne y hueso (el “legislador histórico”), lo que es una postura

²⁶⁶ *Cfr. supra* el apartado 6.4.1 del presente capítulo, lo ya dicho sobre si los países con sistemas abiertos y, en particular, la doctrina del *fair use*, satisfacen o no el primer paso de la regla de los tres pasos.

²⁶⁷ *Cfr.* el apartado 6.5.3 del capítulo quinto de este trabajo.

²⁶⁸ “El argumento psicológico sería aquél por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, el concreto legislador que históricamente la redactó”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 177.

hermenéutica que ha sido muy criticada en la teoría del derecho²⁶⁹, y que también es criticable en sede de derechos de autor²⁷⁰.

De hecho, la excesiva importancia que la doctrina ha dado a los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo no se corresponde con las reglas de interpretación de los tratados que establece la Convención de Viena. En efecto, como explica Brownlie, la voluntad de los estados suscriptores de un tratado debe interpretarse *como se expresó en su texto*, postura suscrita por la Corte Internacional de Justicia, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y adoptada expresamente por la Convención de Viena²⁷¹.

En consecuencia con esta postura hermenéutica, en su a. 31, la Convención de Viena establece una *regla general* de interpretación, mientras que en su a. 32 indica los *medios suplementarios* de interpretación.

La *regla general* es que el tratado debe interpretarse de buena fe, de acuerdo al significado ordinario tengan los términos del tratado de conformidad a su contexto y a la luz de su propósito y objetivo, para lo cual se puede recurrir no sólo al texto mismo del tratado, sino también su preámbulo y anexos, así como cualquier acuerdo celebrado por todas las partes en relación al tratado, y cualquier instrumento relacionado con el tratado realizado por una o varias partes, pero aceptado por todas; además de cualquier acuerdo subsecuente sobre la interpretación o aplicación del tratado, cualquier práctica ulterior en la que conste un acuerdo sobre la interpretación del tratado, y toda norma pertinente de derecho internacional que se aplique a las relaciones entre las partes.

Por su parte, la *regla suplementaria* del a. 32 permite acudir a los trabajos preparatorios, *pero sólo para confirmar* la interpretación derivada de aplicar la regla del a.

²⁶⁹ Una glosa de las principales razones a favor y en contra de la interpretación psicológica puede encontrarse en *ibidem*, pp. 191 a 193.

Inclusive, el propio Ezquiaga Ganuzas nos indica que atender a la voluntad del legislador histórico se le considera como “un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y de respeto a la voluntad del legislador”, contraponiéndose al método histórico evolutivo, que atiende más a la adaptación del derecho a los cambios que se presentan en la vida social. *Ibidem*, pp. 354 y 55.

En este sentido, Wróblewski ve en la apelación a la voluntad de la persona que creó la norma una ideología estática en donde el sentido de la norma no cambia, agregando que: “Hoy en día casi nadie toma esa ‘voluntad’ al pie de la letra, pero la terminología persiste y se manifiesta en la jurisprudencia actual”. *Cfr.* Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, 1a. reimp., Fontamara, 2003, pp. 166 y 167.

Por lo que hace a la doctrina mexicana, Sánchez Gil explica que, actualmente, prevalecen las teorías “objetivistas” de la interpretación jurídica por sobre las “subjetivistas”, de ahí que el objeto de la interpretación sea el *texto normativo*, lo que impide un subjetivismo desbocado y da precisión y estabilidad al derecho. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2008, pp. 8 y 9.

²⁷⁰ En su valoración al Informe del Grupo Especial de la OMC, Gaubiac critica que esa resolución haya echado mano de los trabajos contenidos en las actas del Convenio de Berna “y no del texto propiamente dicho de este instrumento internacional”. Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 167, p. 16.

²⁷¹ Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, Nueva York, 5a. ed., Oxford University Press, 1998, p. 632.

En el mismo sentido, *cf.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Interpretación de los tratados en el derecho internacional” en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, 4a. ed., IIJ-UNAM, 2003, pp. 142 y 143; y Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 121.

31, o cuando la aplicación de dicha regla deja el significado ambiguo u obscuro, o lleva a un resultado evidentemente absurdo o irrazonable²⁷².

Así las cosas, vemos que la mayor parte de la doctrina que ha interpretado la regla de los tres pasos, ante la ambigüedad semántica de su texto, ha brincado inmediatamente a una fuente *suplementaria* de interpretación (trabajos preparatorios), sin haber agotado la mayor parte de los extremos indicados en la regla general de interpretación del a. 31 del Convenio de Viena, es decir, obviando fuentes *primarias* de interpretación; error metodológico que se traduce en privilegiar la voluntad del legislador histórico por sobre el texto en que está expresada la norma²⁷³.

Además, como bien apunta Aust, los trabajos preparatorios son, por su propia naturaleza, menos auténticos que otros elementos de interpretación, y en muchos casos son incompletos y engañosos²⁷⁴.

De esta manera, antes de acudir a los trabajos preparatorios (fuente suplementaria según el a. 32 de la Convención de Viena), la doctrina bien podría haber acudido al expediente de las normas pertinentes de derecho internacional aplicables (según dispone el a. 31 Convención de Viena), como pudieran ser el a. 27 DUDH y el a. 15 del PIDESC²⁷⁵, normas internacionales que se refieren a la misma cuestión que la regla de los tres pasos: la protección de los intereses de los autores y su relación con los intereses de los usuarios de obras²⁷⁶. Por tanto, puede concluirse que las interpretaciones no orgánicas de la fórmula de los tres pasos no han sido del todo satisfactorias, ni son definitivas, pues se encuentran en continua revisión y reformulación.

Por su parte, la interpretación que hizo el Grupo Especial de la OMC, tampoco puede considerarse como una interpretación definitiva de la regla de los tres pasos. Esto debido a que los paneles de la OMC no son tribunales, y el marco en el que operan es el del comercio internacional, no el de los derechos de autor; además de que dichos paneles son proclives a ser insensibles respecto de los argumentos basados en derechos fundamentales o

²⁷² Como mero dato, mientras que en la versión en español de la Convención de Viena la palabra “*unreasonable*” se tradujo como “irrazonable”; en el contexto del Convenio de Berna, “*unreasonable*” se tradujo como “injustificado”.

²⁷³ En este sentido, respecto de los trabajos preparatorios de los tratados, Sánchez Gil nos advierte que “deben usarse con reservas porque las intenciones manifestadas en ellos no son definitivas y además pueden resultar confusas y poco concluyentes, por lo que la jurisdicción internacional lo ha usado sólo cuando le es indispensable”. Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 269, p. 185.

En igual tenor, Senftleben indica que: “Recourse to supplementary sources may only serve as a means to aid an interpretation governed by the principles set forth in article 31. (...) Hence, the use of supplementary material to determine the meaning of the text is subordinate to the primary goal of treaty interpretation, as defined in article 31”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

Y es que esta cuestión es evidente, pues los trabajos preparatorios no son reflejo de la voluntad de los contratantes. Incluso, en la revisión de Estocolmo del Convenio de Berna, como vimos, los trabajos preparatorios reflejan las posturas del grupo de trabajo creado al efecto, y que luego fueron enviadas al Comité Principal.

²⁷⁴ Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Nueva York, 2a. ed., Cambridge University Press, 2007, p. 244.

²⁷⁵ En este sentido, *vid.* Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 41.

²⁷⁶ Sobre este punto profundizamos en el último capítulo de la presente investigación.

Para más detalles sobre cómo abordan la cuestión los tratados de derechos fundamentales, *cfr.* los apartados 5 y 6 del capítulo tercero.

en intereses públicos no económicos (como la cultura o la educación)²⁷⁷. Incluso a nivel interno dentro del subsistema de la OMC, aunque se está creando una jurisprudencia propia de ese organismo que busca ser consistente, la misma no implica una doctrina estricta de precedentes, pues las resoluciones de los paneles o grupos especiales no generan *stare decisis*, por lo que sus criterios pueden ser cambiados por futuros paneles²⁷⁸. Asimismo, el Informe del Grupo Especial contiene algunas contradicciones internas, incluyendo la petición de principio en la que incurre al evaluar el tercer paso²⁷⁹; eso sin mencionar las críticas que se le han hecho a sus argumentos por ser redundantes y tener poca substancia²⁸⁰.

En otro orden de ideas, también se ha puesto de manifiesto que términos como “explotación normal” o “legítimos intereses” pueden ser objeto de manipulación por los intérpretes y dar lugar a resultados impredecibles²⁸¹. De manera que al no haber consenso sobre el significado de esas expresiones, la regla de los tres pasos es incapaz de funcionar, el día de hoy, como una herramienta jurídica útil²⁸².

Por consiguiente, en estos momentos y a un nivel meramente hermenéutico, la regla de los tres pasos nos deja más dudas que respuestas. Dudas que también se plantean respecto a su compatibilidad con las normas internacionales en materia de derechos fundamentales (tema que tratamos en el capítulo quinto de la presente investigación), en particular porque el requisito de aplicación acumulativa de cada paso parece favorecer al titular de derechos e impedir un verdadero equilibrio²⁸³.

Inclusive, la resolución Q216 de la AIPPI (de 6 de octubre de 2010) observa que, a pesar del contenido de la regla de los tres pasos en tratados como el TODA o el ADPIC, los estados han implementado y reconocido las restricciones al derecho de explotación en formas considerablemente diferente, por lo que la situación actual de la cuestión no es satisfactoria (y menos respecto al uso de obras en Internet).

Hasta aquí lo relativo a la regla de los tres pasos. Vayamos ahora a otros aspectos relevantes de las restricciones a los derechos de explotación, como lo es la “doctrina clásica” que sobre dicha figura se ha formulado.

7.- La consolidación de una doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación en la corriente del droit d’auteur.

Como consecuencia de la ya narrada evolución que tuvo el tema de las restricciones a los derechos de explotación durante el s. XX y de la necesidad de proteger al autor como finalidad principal²⁸⁴, en la Europa continental (y en los demás países que siguen su

²⁷⁷ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, pp. 486 y 487.

De hecho, se ha señalado que el Informe del Grupo Especial está “anormalmente” basado sólo en perspectivas económicas. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 678.

²⁷⁸ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 109; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 32.

Esto, amén de que las interpretaciones hechas por la OMC no son obligatorias en el contexto de la Unión de Berna. *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 161.

²⁷⁹ *Vid. supra* el apartado 6.4.3 del presente capítulo.

²⁸⁰ Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 21.

²⁸¹ Brennan, David J., *op. cit.*, nota 171, p. 93.

²⁸² Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 2.

²⁸³ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 482.

²⁸⁴ Sobre esta necesidad, *cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 154.

tradición jurídica) se consolidó, lo que podríamos llamar, la *doctrina clásica* o *estándar* sobre las restricciones a los derechos de explotación²⁸⁵.

Los elementos esenciales de dicha doctrina clásica son los siguientes:

a) Sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación.- Se le veda a los órganos ejecutivo y judicial la posibilidad de establecer restricciones, de tal forma que éstas sólo deben de estar previstas en ley²⁸⁶. La razón que se suele dar a esta directriz es de carácter político y de división de poderes: si es el legislador quien otorga el derecho de explotación, los otros poderes invadirían su esfera de competencia al restringir un derecho que el legislador otorgó con carácter más amplio²⁸⁷.

b) Las restricciones están sujetas a *numerus clausus*.- Sólo deben considerarse y aplicarse las restricciones que estén expresa y taxativamente previstas en el listado que proporcione el legislador; de forma que si alguna restricción no está contemplada expresamente en la ley, no podrá aplicarse, sin importar lo loable y justo que pudiera ser el fin perseguido²⁸⁸.

c) Las restricciones deben interpretarse de forma restrictiva.- Al momento de aplicar una restricción al derecho de explotación, el texto normativo que la prevé debe interpretarse de la forma más restrictiva posible, para intentar afectar en una menor medida los intereses de los autores, siendo imposible su aplicación por analogía²⁸⁹.

²⁸⁵ Esta doctrina destaca como parte de un movimiento hostil hacia las restricciones al derecho de explotación, que se ha intensificado con el crecimiento de esa clase de derechos de autor. Sobre tal movimiento, *cfr.* De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 87.

²⁸⁶ Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 121; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d'auteur...: mode d'emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, p. 167; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 51; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 136; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 178; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 237 y 238.

²⁸⁷ Marín López, Juan José, “*Fair use versus limitaciones*”, conferencia pronunciada en el XIII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, México, 26 a 30 de noviembre de 2007 (notas tomadas por Eduardo de la Parra Trujillo).

²⁸⁸ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 97; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 50 y 219; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 138; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 109; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 71; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 2.

²⁸⁹ Holzappel, Henrik, y Werner, Georg, “Interpreting exceptions in intellectual property law” en Adelman, Martn J., Brauneis, Robert, Drexl, Josef, y Nack Ralph (coords.), *Patents and technological progress in a globalized world. Liber amicorum Joseph Straus*, Alemania, Springer-Verlag, 2009, p. 99; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 286, p. 121; Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 97; Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 726; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Emery, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, Buenos Aires, 2a reimp., Astrea, 2003, p. 105; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 432; Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 111; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 220; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 33 y 67; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 138; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 43; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 177; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 242; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 109; Rodríguez Moreno,

d) El derecho moral queda intocado.- Las restricciones al derecho de explotación no afectan al derecho moral, por lo tanto, al utilizar sin autorización una obra deben siempre respetarse los derechos morales, señaladamente la divulgación, la integridad y la paternidad²⁹⁰.

e) No aplicación a otras facultades y modalidades de explotación.- Como consecuencia de la interpretación restrictiva, la restricción formulada en ley a una facultad o modalidad de explotación determinada, no puede aplicarse extensivamente a otra facultad o modalidad de explotación diferente. Por ejemplo, una restricción a la facultad de reproducción no podría aplicarse a la facultad de comunicación pública²⁹¹.

A reserva de hacer una crítica más amplia a esta doctrina clásica en el último capítulo de la presente investigación, cabe aquí asentar que nos parece una doctrina propia de un estado legalista de derecho (caracterizado por su legicentrismo y por varias de las peores características del paleopositivismo), y por lo tanto, no resulta adecuada en esta época de constitucionalización y de estado constitucional del derecho²⁹².

Asentado esto, conviene ahora aterrizar todo lo antes dicho en el derecho mexicano, para poder evaluar la situación de las restricciones al derecho de explotación en nuestro país.

8.- Las restricciones al derecho de explotación en la LFDA.

Toda vez que ya estudiamos los aspectos generales más destacados de la institución jurídica de las restricciones al derecho de explotación, corresponde analizar estas restricciones en la LFDA. Con ello cumplimos un doble propósito: estudiar la situación de nuestro tema de investigación en México y, además, ver más de cerca una legislación que fue creada bajo los estándares del sistema cerrado (una visión del sistema abierto la hacemos en el siguiente apartado).

Nuestra LFDA dedica su título VI a regular las que llama “limitaciones del derecho de autor y de los derechos conexos”. Dicho título inicia con el a. 147, el cual contiene una licencia obligatoria; continúa con el a. 148, mismo que consiste en un listado de restricciones al derecho de explotación; luego el a. 149 contempla algunas restricciones adicionales al derecho de explotación; el a. 150, fuertemente influenciado por la excepción casera de EUA, terminó regulando, más bien y dada su redacción, una restricción a un

Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 71; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 17, p. 171; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 164; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 2; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

²⁹⁰ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 289, p. 725; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, p. 47; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 778; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 219; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 67; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 134; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 177; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 242; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 70 y 71; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, pp. 161 y 163 (quien incluso afirma que los derechos morales no pueden limitarse); Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

²⁹¹ Bondía Román, Fernando, “Comentario al Capítulo II” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 164.

²⁹² Sobre estas nociones, *vid.* el apartado 1 del capítulo primero del presente trabajo, así como el apartado 6.1 del capítulo quinto.

derecho de simple remuneración (el de regalías por comunicación pública); y finalmente el a. 151 regula las restricciones a la mayoría²⁹³ de los derechos conexos.

Debido a que el tema de la presente investigación son las restricciones al derecho de explotación de los autores, nos limitaremos aquí a analizar los aa. 148 y 149 de la LFDA, excluyendo los aa. 147 (por ser una licencia obligatoria y no una restricción), 150 (por ser una restricción a un derecho de remuneración, no a uno de explotación) y 151 (por referirse a derechos conexos, no a derechos de autor).

En cambio, sí incluiremos en nuestro estudio el a. 44 del Reglamento de la LFDA, en tanto contempla una restricción adicional al derecho de explotación. Asimismo, estudiaremos el a. 105 de la LFDA, pues aun y cuando se encuentra fuera del título de la ley dedicado a regular las restricciones al derecho de explotación, contempla unas hipótesis relativas a las restricciones a los derechos de explotación en sede de programas de computación.

8.1.- Disposiciones generales aplicables a la mayor parte de las restricciones.

El a. 148 de la LFDA es la disposición jurídica más importante en materia de restricciones al derecho de explotación de dicho ordenamiento, pues la mayor parte de esos límites se encuentra contenida allí. Y el primer párrafo de dicho artículo establece unas directrices generales para la aplicación de cada una de las restricciones particulares contenidas en ese mismo numeral. El texto de ese párrafo es el siguiente:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

De dicho texto normativo se pueden extraer cuatro requisitos que debe cumplir, para su aplicación, toda restricción contemplada en el propio a. 148. Veamos.

La primera condición es que las restricciones al derecho de explotación *sólo aplican a obras ya divulgadas*. Esto se encuentra vinculado con la facultad moral de divulgación, y es un guiño a la doctrina clásica de las restricciones que, como vimos, señala que las mermas al derecho de explotación no deben afectar los derechos morales. Sobre el particular, explica Pastrana Berdejo que “no puede hablarse, en ningún caso, de limitaciones a obras inéditas, cuando el autor aún no decide sobre la divulgación de las mismas”²⁹⁴.

Como segundo requisito, el a. 148 menciona la *no afectación a la explotación normal de la obra*. Ya vimos que esto es una adopción parcial de la regla de los tres pasos en nuestra legislación interna, lo que se traduce en un elemento de valoración que debe ser analizado por la autoridad jurisdiccional o administrativa que conozca del caso; esto

²⁹³ Sólo restringe los derechos de artistas, productores de fonogramas y videogramas, y organismos de radiodifusión, sin hacer mención a los editores de libros. Esto encuentra su explicación en un descuido legislativo: la iniciativa de ley presentada por Ernesto Zedillo no contemplaba la protección de los editores de libros (por lo que tampoco se planeaba regular restricción alguna a tales derechos), pero la Cámara de Diputados agregó un capítulo para conceder tal protección, olvidando modificar el texto del a. 151 para también incluir ahí una mención a los editores de libros. Así, la redacción de las restricciones a los derechos conexos quedó tal cual la propuso el presidente, no obstante que el legislativo adicionó una nueva categoría de titulares de derechos conexos.

²⁹⁴ Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, p. 230.

Cfr. también López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 189.

implica, a su vez, una dificultad adicional para la aplicación de las restricciones, pues ya vimos lo complicada que resulta la interpretación de ese criterio.

El tercer requisito consiste en la *citación de la fuente*. El término “fuente” no es muy preciso en cuanto a los elementos que deben citarse, aunque, dado el contenido del a. 21, fr. II, de la LFDA, parece claro que, por lo menos, debe mencionarse el nombre del autor y el título de la obra, para poder asentar así el vínculo autor-obra.

La cuarta condición es el *respeto a la integridad de la obra*. Esto no es otra cosa más que la plena observancia de la facultad moral de integridad, y nos reitera uno de los postulados de la doctrina tradicional de las restricciones al derecho de explotación.

Además, el primer párrafo del a. 148 de la LFDA concluye con la frase “sólo en los siguientes casos”, lo que implica la adhesión a otros dos de los postulados de la doctrina clásica: las restricciones están sujetas a *numerus clausus* y sólo pueden ser fijadas por el legislador (aunque veremos que nuestros legisladores y autoridades administrativas son tan descuidadas, que la normatividad vigente no cumple al pie de la letra ninguno de los dos postulados, pues en la LFDA hay restricciones fuera del listado del a. 148, así como hay restricciones formuladas por el presidente de la república fuera del texto legal).

De dichos requisitos podemos concluir que el redactor de la LFDA tuvo muy presente la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, cuando formuló el a. 148 de la ley autoral. También se puede concluir que tuvo a la vista y leyó (aunque no podríamos asegurar que comprendió) la regla de los tres pasos.

Por otro lado, el a. 149 de la LFDA añade dos restricciones más a las previstas por el a. 148. Esta técnica legislativa genera bastantes cuestionamientos, ya que por un lado cabe preguntar: ¿por qué no se incluyeron esas restricciones dentro del propio a. 148 y se mandaron a otro artículo? Y por otro lado, esto también nos plantea la cuestión de si a las dos hipótesis del a. 149 se les aplican o no los cuatro requisitos que el a. 148 establece para las restricciones. La respuesta parece ser negativa, pues el a. 149 sólo dice “podrán realizarse sin autorización” e inmediatamente procede a regular las restricciones en cuestión, sin mencionar o imponer requisito alguno.

Una vez estudiados estos requisitos generales, conviene adentrarnos en nuestro derecho autoral vigente para conocer las restricciones que contempla.

8.2.- Las restricciones en particular.

A continuación analizaremos cada una de las restricciones al derecho de explotación que están expresamente reguladas en México.

8.2.1.- El derecho de cita.

El usualmente llamado “derecho de cita” es una de las restricciones más comunes al derecho de explotación de los autores, a tal grado que, como afirma Castán²⁹⁵, existe un modelo universal del derecho de cita con estándares ya consolidados. De ahí que, autores como Colombet²⁹⁶, califiquen a esta restricción como “clásica”²⁹⁷.

²⁹⁵ Castán Pérez-Gómez, Antonio, “Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, pp. 133 y 134.

²⁹⁶ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 70.

Etimológicamente, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios pasajes de una obra ajena (...) El empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, en una emisión radiofónica o televisiva, etc²⁹⁸.

Del modelo universal o estándar del derecho de cita, se desprenden los siguientes elementos de tal institución jurídica: (a) la existencia de dos obras: la obra objeto de cita y la obra en la que se incorpora la primera; (b) no se puede reproducir en su integridad la primera obra, sino sólo debe tomarse un fragmento, pasaje o extracto de la obra citada²⁹⁹; (c) la cita debe hacerse con un propósito o fin justificado (comúnmente fines docentes o de investigación, o fines de comentario, análisis o juicio crítico); y (d) han de respetarse los derechos morales sobre la obra citada (lo que implica que sólo pueden ser objeto de cita obras ya divulgadas, debe citarse la fuente con el nombre del autor y respetar la integridad de la obra ajena)³⁰⁰.

La mayor parte de las legislaciones del mundo no señalan previamente el tamaño o extensión máxima que deben tener las citas, sino que eso se deja a criterio del juzgador, quien deberá atender diversos factores como el tamaño de la obra citada, el contexto en el que se incluye en la segunda obra, la naturaleza de ambas obras, etc³⁰¹. Consideramos acertada tal postura, pues es muy difícil (y hasta arbitrario) predeterminar la extensión de la

²⁹⁷ Incluso, a decir de Antequera Parilli, esta es la restricción que más pronunciamientos judiciales ha generado. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 286, p. 122.

²⁹⁸ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 66.

Por su parte, Lipszyc afirma: “Se entiende por cita la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 231.

En términos similares, *cf.* también Pérez Fuentes, Gisela María, “Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, IJ-UNAM, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre 2007, p. 866; y Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 93.

²⁹⁹ Aunque en el caso de obras visuales, tales como pintura o fotografía, se suele admitir la reproducción íntegra, pues utilizar sólo una parte menor de una pintura o una fotografía no sirve para poder criticar o analizar esa obra, o para utilizarla en la ilustración o ejemplo de alguna idea o concepto.

En este sentido, Von Lewinski admite la licitud de la cita cuando sus fines no pueden lograrse sino mediante la reproducción de la obra en su totalidad (como sucede con las obras de arte). *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

³⁰⁰ *Cfr.*, por todo, Castán Pérez-Gómez, Antonio, *op. cit.*, nota 295, pp. 134 a 136.

³⁰¹ La *Guía del Convenio de Berna* indica lo siguiente sobre los factores a tomar en consideración por los tribunales: “No hay duda que éstos tendrán en cuenta, por ejemplo, la dimensión del extracto tanto con respecto a la obra de la que ha sido tomado, como a la obra en la que se utiliza, y particularmente la medida en que ésta última, al competir, llegado el caso con la obra preexistente, hará disminuir su venta, su circulación, etc.”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67.

En términos muy similares encontramos en el Reino Unido el conocido caso *Hubbard v. Vosper* de 1972, en el que se fijaron parámetros conforme a los cuales medir la licitud de la extensión de la cita y su contexto, mismos que son: cuánto se ha tomado, cuánto se ha añadido, y si la segunda obra competirá con la obra citada. Para más detalles, *vid.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 477.

cita sin atender a las circunstancias del caso concreto³⁰². Además de que la tendencia moderna (incluso en el Convenio de Berna) es considerar que las citas no necesariamente deben ser breves o cortas para estar permitidas, pues como nos refiere Ribera:

la inclusión de una cita excesivamente corta puede dar una falsa idea de la obra. Si la finalidad de la cita no puede conseguirse sin la inclusión de una gran cantidad de extractos de carácter accesorio, estará permitido proceder de ese modo³⁰³.

No obstante, existen casos muy excepcionales, como lo fue Colombia³⁰⁴ o como lo es todavía Argentina³⁰⁵, en los que el texto legal determina tajantemente la extensión máxima de las citas. Por ejemplo, el a. 10 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual argentina, establece un máximo de mil palabras en obras literarias y ocho compases en caso de obras musicales³⁰⁶.

Además, para determinar la licitud de la cita no sólo hay que tomar en cuenta la dimensión cuantitativa de la cita (extensión), sino también la *cualitativa*³⁰⁷. En efecto, la cita de la primera obra debe ser un elemento accesorio y secundario, es decir, es un medio de apoyo para lograr un fin (ilustrar una idea, criticar la obra citada u otra obra –o hasta para criticar acontecimientos de actualidad y otras cuestiones–, etc.), de ahí que las citas siempre van acompañadas del aporte personal del autor de la segunda obra, por lo que si se suprimieran las citas de la segunda obra, esta última no perdería su entidad propia o autonomía³⁰⁸.

El derecho de cita es la única restricción al derecho de explotación contemplada de *iure conventionis* en el Convenio de Berna, como se puede apreciar en su a. 10.1:

Artículo 10.1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

Agregando el a. 10.3 de ese tratado, que debe mencionarse la fuente y el nombre del autor.

³⁰² En la práctica, muchas industrias culturales han creado códigos internos en los que ellas mismas se imponen las extensiones máximas en relación con las citas. *Cfr.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 59.

³⁰³ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 64.

³⁰⁴ Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 111; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

³⁰⁵ Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 114.

³⁰⁶ *Cfr.* Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 289, pp. 105 y ss. (con una relación de la principal jurisprudencia que esa rígida disposición ha generado); y Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 353.

³⁰⁷ Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 32” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 170 y 171; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 266.

³⁰⁸ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 264 y 265. Añadiendo esta brillante académica que: “las citas deben servir de apoyo al desarrollo de las ideas propias, mas no pueden convertirse en el tema principal o la sustancia de la obra, ni pueden sustituir el aporte intelectual del autor de la obra a la que se incorporan”. *Ibidem*, p. 265.

En una postura más extrema, Rengifo desecha el criterio cuantitativo y considera como único válido el cualitativo. *Cfr.* Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 178.

Por el momento nos interesa destacar dos cosas de la regulación convencional del derecho de cita: en primer lugar, que aplica a todo tipo de obras (claro está, divulgadas), y en segundo lugar, que la licitud de la cita se mide en atención a usos honrados y al fin perseguido.

Véase como el Convenio de Berna no establece, *a priori*, determinados fines (docencia, crítica, análisis, etc.), lo que implica una postura lo suficientemente abierta para tomar en cuenta cualquier clase de finalidad que pudiera estar justificada (correspondiendo al juzgador valorar si el objetivo que se presenta en el caso concreto está o no justificado)³⁰⁹. Apertura que se confirma con el factor de los “usos honrados”, que evidentemente es de carácter flexible³¹⁰, aunque existe doctrina destacada que se esfuerza por darle un alcance restringido a esa expresión³¹¹.

De hecho, dado su texto vigente, el Convenio de Berna deja la puerta abierta para atender tanto a consideraciones cuantitativas, como también cualitativas³¹²; debiendo valorarse no sólo la extensión de la cita, sino también, y acaso con mayor peso, su función dentro de la obra a la que se incorpora³¹³.

En cambio, la Convención de Washington (1946) contempla el derecho de cita con un alcance más limitado que el Convenio de Berna, como se aprecia en su a. XII:

Artículo XII

1.- Será lícita la reproducción de breves fragmentos de obras literarias, científicas y artísticas, en publicaciones con fines didácticos o científicos, en crestomatías o con fines de crítica literaria o de investigación científica, siempre que se indique de manera inconfundible la fuente de donde se hubieren tomado y que los textos reproducidos no sean alterados.

2.- Para los mismos efectos y con iguales restricciones podrán publicarse breves fragmentos en traducciones.

Se puede observar que en este tratado ya no se habla de “medida justificada” sino de “breves fragmentos”, lo que evidentemente es un criterio más restrictivo y menos moderno.

³⁰⁹ Cfr. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67.

³¹⁰ En este sentido encontramos a Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 71; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 692 (quien destaca la amplitud del concepto y que es una referencia a lo “corrientemente aceptado sobre el particular”); Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67 (quien indica que el uso honrado se refiere a lo “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone el sentido común”); Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 254; Rogel Vide, Carlos, “La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 306 (quien dice que la normalidad del uso debe ser apreciada por los tribunales tomando en cuenta el estado general de las costumbres).

³¹¹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 137, p. 8 (quien vincula la regla de los tres pasos con la noción de usos honrados, determinando que estos últimos son los que no interfieren con la explotación normal de la obra y no causan perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor); y Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 113 (quien también identifica los usos honrados con la fórmula de los tres pasos).

En el mismo sentido, *vid.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 262; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

³¹² Como bien indica Paul Goldstein, el Convenio de Berna no contiene disposición expresa respecto al tamaño de la cita. Cfr. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 304.

³¹³ En la revisión de Bruselas (1948), la licitud de la cita estaba sujeta a que fuera corta (*courte citation*); sin embargo, con el propósito de introducir también parámetros cualitativos, en la revisión de Estocolmo (1967) se quita el requisito de que la cita fuera corta. Cfr. Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 259 y 260; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 692; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 263 y 264.

Asimismo, la Convención de Washington no deja abierta la finalidad que ha de perseguir la cita, sino que claramente la limita a fines didácticos, científicos (incluyendo la investigación) o de crítica literaria, así como el uso en crestomatías.

Tanto el Convenio de Berna como la Convención de Washington, han tenido un peculiar impacto en la configuración del derecho de cita en la legislación mexicana, como veremos a continuación y en el apartado 8.2.3 del presente capítulo.

Ya por lo que hace a nuestro régimen jurídico interno, el derecho de cita es la primera restricción al derecho de explotación que contempla el a. 148 de la LFDA, y se encuentra formulado de la siguiente manera:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

I.- Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

Un primer aspecto que destaca de la regulación mexicana es que, a diferencia de los tratados ya mencionados, las obras citadas sólo pueden ser, principalmente obras literarias, dado que la ley habla de cita de *textos*³¹⁴ (aunque puede incluirse aquí la parte literaria de las obras musicales con letra o la parte literaria de las historietas, por ejemplo). Esto reduce, aparentemente, el ámbito de aplicación del derecho de cita, excluyendo la mayor parte de las diversas clases de obras, haciendo imposible la cita de creaciones tales como la audiovisual, la pictórica, la fotografía, etc³¹⁵. Empero, como veremos más adelante, las citas que en principio no tienen cabida por fr. I del a. 148, pueden encontrar acomodo en la norma prevista en la fr. III del mismo artículo.

En segundo lugar, de conformidad con la visión moderna del derecho de cita, la fr. I invocada no determina la extensión de la cita, sino que sólo se limita a prohibir el *abuso del derecho de cita*, para evitar que, mediante la constante cita de partes de una obra, esa creación se esté reproduciendo veladamente y en forma sustancial³¹⁶. Así las cosas, la mencionada disposición permite tomar en cuenta factores cuantitativos y cualitativos³¹⁷.

Por otro lado, destaca (y extraña) que la fr. I no establezca finalidad alguna que deba cumplir la cita, como es el estándar común del derecho de cita a nivel universal. Como se ha señalado³¹⁸, la mera yuxtaposición de citas de otros, sin un propósito de peso, no responde a la esencia y función del derecho de cita³¹⁹.

En cambio, la exigencia de protección a los derechos morales (y en particular, la citación de la fuente) está prevista para el derecho de cita vía el primer párrafo del a. 148 de la LFDA³²⁰.

³¹⁴ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 45.

³¹⁵ En contra, Serrano Migallón interpreta que la referida fr. I, aplica a toda obra literaria o artística. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 165.

³¹⁶ Sobre el abuso del derecho de cita, *cfr.* Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, pp. 353 y 354.

³¹⁷ Coincide en esta apreciación Serrano Migallón, quien indica que la fr. I del a. 148 de la LFDA no sólo atiende a la extensión de la reproducción, sino también a la substancia de la obra. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 165.

³¹⁸ *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 259.

³¹⁹ *Vid.* también Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 101, p. 140.

³²⁰ *Cfr.* Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo de autor. En las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 371 y 372.

Finalmente, llama la atención que la redacción de la fr. I, no deje claro si la cita opera únicamente como una restricción a la facultad de reproducción, o también aplica a la de distribución y a la de comunicación pública. En la doctrina, esta situación ha llevado a considerar que, aunque el texto legislativo no lo diga expresamente, el derecho de cita afecta no sólo a la facultad de reproducción, sino también a la distribución³²¹ e, incluso, a las demás facultades del derecho de explotación (como la de comunicación pública)³²². Esta postura, aunque acertada a nuestro entender, va en contra de la doctrina clásica de las restricciones, en particular respecto a los postulados de interpretación restrictiva y de que la restricción sólo afecta las facultades que expresamente señale el legislador.

No se requiere mayor análisis para constatar que el derecho de cita previsto en la fr. I del a. 148 de nuestra ley, no está regulado en forma adecuada y precisa, e, incluso, no cumple con los parámetros impuestos por las normas internacionales.

De todo lo antes dicho, se puede concluir que el derecho de cita, en general, da un amplio margen de maniobra y de apreciación a los juzgadores. La ley les exige no ser unos meros aplicadores mecánicos de la norma legal, sino hacer valoraciones de fondo y resolver el asunto de la forma más equilibrada posible.

8.2.2.- Reproducciones sobre acontecimientos de actualidad.

Siguiendo con el análisis de las restricciones al derecho de explotación previstas en la LFDA, aparece la contemplada en la fr. II del a. 148, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

II.- Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

Como se explicó en el capítulo segundo de la presente investigación, los derechos de autor protegen toda clase de obras originales, independientemente de su destino o forma de expresión. De ahí que las creaciones destinadas a informar al público o las expresadas a través de medios de comunicación masiva están protegidas por derechos de autor³²³. El hecho de que las informaciones, en sí mismas, no se protejan por derechos autorales, no

³²¹ Rodríguez Moreno afirma que, tomando en cuenta “la inutilidad de prohibir la distribución de una obra en la que se han citado diversos autores, deducimos que la presente es también una excepción al derecho de distribución”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

³²² Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 45; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 242 y 251 (quien clasifica al derecho de cita como un límite que comparte el derecho de reproducción con otros derechos exclusivos); Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

En contra, Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 353 (para quien el derecho de cita sólo afecta el derecho de reproducción).

³²³ Bien dice Masouyé que “los artículos escritos por periodistas, así como cualesquiera obras ‘periodísticas’ en las que se den o comenten noticias, gozarán de protección en la medida en que lleven inherente una aportación intelectual que permita considerarlas como obras literarias y artísticas”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 24.

significa que también estén desprotegidas las variadísimas formas en que se pueden expresar esas informaciones³²⁴.

Por lo tanto, los artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios a los que se refiere la norma en glosa, están, *prima facie*, protegidos por derechos de explotación, por lo que, en principio, su uso por terceros está sujeto a una licencia o autorización. Empero, dicho control sobre tales obras parece encontrarse limitado por la fr. II del a. 148, en tanto se permite su uso no autorizado y libre de remuneración, siempre y cuando se cumplan los extremos que a continuación analizamos.

En cuanto a las obras materia de dicha disposición, se habla expresamente de “artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios”, lo que es muy amplio, pues dichas expresiones abarcan prácticamente todas las obras periodísticas en medios impresos, aunque parecen no abarcar todas las relativas a medios audiovisuales y radiofónicos, ya que no se hace mención de las obras audiovisuales (aunque podrían tener cierta cabida como obras de “comentario”, pero difícilmente entrarían otras obras audiovisuales, como los reportajes y notas).

En segundo lugar, dichas obras deben referirse a “acontecimientos de actualidad”. Muchas legislaciones, e incluso el Convenio de Berna, utilizan una fórmula más restrictiva³²⁵, pues sólo quedan amparados acontecimientos de actualidad sobre cuestiones *económicas, políticas y religiosas*; pero, aparentemente, nuestra la LFDA adoptó la amplitud prevista en la legislación española (a. 33.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Se aprecia que estamos frente a un requisito subjetivo, ya que medir la “actualidad” de alguna información no siempre es tarea sencilla. En este sentido, Pérez de Ontiveros Baquero indica:

En términos generales puede considerarse actual cualquier asunto que reclame, con referencia a un momento determinado, la atención de la colectividad. Sin embargo, son numerosas las cuestiones que deberán tomarse en cuenta para legitimar o no la utilización. En especial se ha considerado tradicionalmente que, entre las circunstancias a ponderar, adquiere especial importancia la periodicidad con la que aparece la obra que utiliza la creación protegida, no siendo lo mismo que se trate de un periódico o boletín de noticias diario que una revista trimestral. Así, para Desbois, la noción de actualidad es fluida, siendo solamente para la satisfacción de la información de la actualidad para lo que se permite la reproducción, debiendo tenerse en cuenta el ritmo de la publicación³²⁶.

En tercer lugar, las obras sobre acontecimientos de actualidad ya debieron de haberse publicado en prensa, o difundido por radio o televisión, o, incluso, por cualquier otro medio

³²⁴ En este sentido, es clara la fr. IX del a. 14 de la LFDA, la cual establece que no está protegido por derechos de autor el “contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión”.

De igual forma, el a. 15 de esa ley establece: “Las obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas o transmitidas por radio, televisión u otros medios de difusión no pierden por ese hecho la protección legal”.

Por tal razón, Serrano señala con acierto que “las noticias del día y la información de uso común no es materia de protección por el derecho autoral, pero sí lo es su modo de expresión”. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 165.

³²⁵ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 73 y 74; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 155.

³²⁶ Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, “Comentarios a los artículos 33 y 34” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 624 y 625.

Por su parte, Masouyé determina que “su asunto debe ser actual, contemporáneo, y no una cuestión del pasado”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 71.

de comunicación. Este requisito es bastante amplio, pues el medio por el que se realizó la difusión es prácticamente irrelevante; incluso la mención a “cualquier otro medio” abre la puerta, tanto a tecnologías existentes pero no mencionadas expresamente (como Internet), como también a tecnologías futuras.

Un último aspecto a destacar es que la fr. II del a. 148 de la LFDA, al final, sujeta la libre utilización de la obra a que tal acto “no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho”. Esto ha sido criticado en la doctrina mexicana, como se puede apreciar en los comentarios de Caballero y Jalife, quienes indican que:

es totalmente absurdo porque el capítulo en cuestión tiene precisamente como propósito, limitar el derecho patrimonial de autor, lo que supone que aún sin su consentimiento, determinadas formas de utilización de sus obras, pueden ser llevadas a cabo por parte de terceros, sin que las mismas sean constitutivas de infracción o delito alguno³²⁷.

En la misma tónica se pronuncia Pastrana Berdejo, quien afirma que la referida fr. II del a. 148 es contradictoria, ya que:

en su párrafo inicial menciona que estas limitaciones pueden hacerse sin autorización del titular del derecho patrimonial y en la última parte de la fracción II se señala textualmente que las reproducciones (...) pueden ser libremente usados, “si esto no hubiera sido expresamente prohibido por el titular del derecho”, lo que hace nugatoria esta limitación, pues basta que el titular del derecho prohíba su reproducción, para que no surta efectos esta limitante³²⁸.

Coincidimos en esencia con esas críticas, pues en la fr. II del a. 148 no se está previendo una restricción propiamente dicha, dado que la obra sigue siendo controlada por la voluntad del derecho de explotación, y la esencia de toda restricción es que la obra pueda ser utilizada por terceros, *incluso contra la voluntad del titular*.

Empero, lo anterior no es una desfachatez o error del legislador mexicano, sino que así lo encontramos, de origen, en el propio Convenio de Berna, como se puede apreciar en su a. 10 Bis.1:

Artículo 10 Bis.1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por el hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo, habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.

Dicha disposición está presente en el Convenio de Berna desde su texto original de 1886 (entonces como a. 7º) y se le han venido introduciendo diversas modificaciones hasta su configuración actual³²⁹.

³²⁷ Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, p. XIII.

³²⁸ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 236.

También pueden encontrarse críticas de este tipo en la doctrina española, *cf.* por ejemplo Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 244, p. 4.

³²⁹ *Vid.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 269 y 270.

De cualquier forma, y a pesar de su origen unionista, cabría repensar esa restricción en otros términos, máxime que su observancia no es de *iure conventionis*.

8.2.3.- Reproducciones para la crítica e investigación.

La siguiente restricción al derecho de explotación la encontramos en la fr. III del a. 148 de la LFDA, que es del siguiente tenor:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

III.- Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

Lo que aparentemente es otra restricción, es más bien una reformulación del *derecho de cita*. En efecto, como vimos en el apartado 8.2.1 del presente capítulo, las características del derecho de cita son: (a) la incorporación de una obra ajena en una obra propia; (b) la obra ajena sólo se incorpora parcialmente; (c) la cita ha de tener un fin justificado; y (d) deben respetarse los derechos morales³³⁰; y resulta que la restricción en estudio cumple con todos esos parámetros.

Así, la restricción plasmada en la fr. III del a. 148 de la LFDA no es otra cosa más que el derecho de cita³³¹, aunque configurado con un alcance diverso al que tiene el propio derecho de cita en la fr. I del referido artículo. Por un lado, el derecho de cita de la fr. III es más amplio en tanto aplica a toda obra, mientras que el de la fr. I únicamente aplica a “textos” (esto abre la puerta para utilizar, a título de cita, obras audiovisuales, musicales, visuales, etc.). Pero por otro lado, la fr. III es más restrictiva en cuanto no permite cualquier fin legítimo, sino sólo que el propósito sea la crítica o la investigación. Tanto en fr. I como en fr. III, la cita únicamente debe abarcar parte de la obra previa, aunque en la primera fracción se contempla expresamente la salvaguarda para evitar el llamado abuso del derecho de cita.

Consideramos poco ortodoxa la técnica legislativa de la LFDA, pues en lugar de dedicar dos disposiciones a regular el derecho de cita con alcance diverso, lo óptimo hubiera sido darle un perfil claro y definido a esa figura en una sola disposición.

En otro orden de ideas, la fr. III no oculta que está influenciada por el a. XII de la Convención de Washington (mismo que ya se transcribió en el apartado 8.2.1), aunque en el caso de la norma nacional no se establece que los fragmentos deben de ser breves³³² y excluye los fines didácticos y las crestomatías. De hecho, como veremos a lo largo del presente capítulo, la LFDA presenta una sospechosa ausencia de los fines didácticos o docentes en materia de restricciones a los derechos de explotación de los autores (sí hay menciones respecto a algunos derechos conexos), con excepción de las copias privadas hechas por instituciones educativas.

³³⁰ *Vid. supra* nota 300.

³³¹ También advierte esta irregularidad en el texto de la legislación mexicana, Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 95.

³³² Lo que, ya vimos, es la tendencia moderna en el derecho de cita.

Empero, con un criterio anacrónico, Loredó Hill echa de menos en la legislación mexicana el vocablo “breve”. *Cfr.* Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 149.

Por lo que hace a las llamadas crestomatías, no son otra cosa más que una *colección* de breves fragmentos de obras que se hace con una *finalidad didáctica*. El *Diccionario de la Lengua Española* nos indica el significado de la palabra *crestomatía*: “(del gr. *χρηστομάθεια*). f. Colección de escritos selectos para la enseñanza”³³³.

En el mismo sentido, nos explica el *Glosario de la OMPI*:

Es una colección de pasajes seleccionados de diversos escritos; generalmente persigue fines didácticos. El compilador de la crestomatía tiene sobre ella derecho de autor siempre que la compilación del material muestre originalidad; en lo que respecta a los fines didácticos, en algunas legislaciones de derecho de autor figuran disposiciones especiales encaminadas a facilitar la inclusión en las crestomatías de partes de obras protegidas³³⁴.

Dicho en términos más concisos: crestomatía es una colección o compilación de *varios* fragmentos de obras.

Sin embargo, en la práctica mexicana se suele usar la expresión “crestomatía” como sinónimo de reproducción de partes de una obra para la crítica e investigación, es decir, se le identifica con la restricción contenida en la fr. III del a. 148 de la LFDA, lo cual es un craso error, pues dicha restricción se actualiza incluso en los supuestos en los que sólo se reproduce *un* fragmento de *una* sola obra, mientras que las crestomatías necesariamente implican una colección de *varios* fragmentos, además de que las crestomatías tienen fines didácticos (los cuales ni siquiera son mencionados por la referida fracción); por lo que, en realidad, la restricción de la fr. III no se identifica con lo que debe entenderse por crestomatía.

Inclusive, en los medios audiovisuales mexicanos (principalmente televisión), existe la práctica de superponer la palabra “crestomatía” a las imágenes de la obra citada, pues suelen considerar que tal requisito es necesario para que su conducta sea lícita. Independientemente de las implicaciones que esta práctica tenga en materia de derechos morales³³⁵, es claro que ni la LFDA, ni su reglamento, ni ningún tratado aplicable, establecen tal requisito.

A mayor abundamiento, Loredo Hill ha criticado la forma en que algunas televisoras pretenden utilizar la fr. III del a. 148 de la LFDA, para transgredir los derechos de la personalidad de varios individuos, afirmando:

Cobijados en esta misma fracción de ambos preceptos de la Ley –se refiere ese autor a los aa. 148 y 151–, no faltan pseudocomentaristas de medios de comunicación que emplean la crestomatía para detraer y destrozar vidas privadas³³⁶.

8.2.4.- *La copia privada.*

³³³ VV.AA., *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 22a. ed., Real Academia Española / Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 682.

³³⁴ *Op. cit.*, nota 59, p. 31.

En igual sentido, *cfr.* Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 152.

³³⁵ Sobre este punto, cabe destacar el famoso caso *Le Cinq* en Francia, en donde el Canal 5 de televisión fue condenado, por el Tribunal de la Gran Instancia de París en sentencia de 25 de octubre de 1989, por violar el derecho moral de integridad sobre las obras audiovisuales, por la sobreimposición de su logotipo durante las transmisiones de este tipo de creaciones. *Cfr.* Pérez de Castro, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, Reus / AISGE, 2001, pp. 96 y 97.

³³⁶ Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 152.

Junto con el derecho de cita, la copia privada es la restricción al derecho de explotación con mayor acogida en las legislaciones del mundo^{337, 338}, aunque no por ello es un tema pacífico, pues existe un destacado sector de la doctrina que muestra animadversión por esta figura³³⁹.

Como sabemos, en la primera mitad del s. XX eran ya varias las legislaciones que permitían la realización de copias de obras para su uso meramente personal (por ejemplo, Alemania, Austria, Brasil, Italia, Países Bajos, etc.)³⁴⁰, esto se suele explicar indicando el carácter excepcional de dichas copias privadas, dado lo trabajoso que resultaba hacer esas reproducciones³⁴¹, por lo que se consideraba un *ius usus innocui*³⁴².

Sin embargo, la cuestión cambió con la invención de la fotocopidora (1940), la cual, no sólo facilitó la realización de copias privadas, sino la fácil elaboración de copias en forma *masiva*³⁴³. No obstante, la regulación de la copia privada no sólo se mantuvo, sino que se dio una proliferación de esta figura jurídica.

Así, encontramos la siguiente explicación en el *ABC del Derecho de Autor* de la UNESCO en relación al carácter permisible del fotocopiado:

³³⁷ Cadarso Palau, Juan, “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: Reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades del género” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 115 (quien la considera un “límite clásico del derecho de autor”); Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 66 y 69 (quien también la reconoce como una restricción clásica); Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 225; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 169 (quien estima que es la restricción más imponente); Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 251 y 326 (quien comenta que se trata de la restricción más extendida a nivel mundial); Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 13 (quien advierte que, a pesar de esta universalidad, sus alcances son muy variados de país en país).

³³⁸ Y esto no debe sorprendernos, pues como vimos en el apartado 5 del presente capítulo, la copia privada fue de las primeras restricciones al derecho de explotación que, desde finales del s. XIX y principios del XX, aparecieron en diversas leyes nacionales.

³³⁹ En México destacan: Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 31, p. 20; Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 327, p. XIII (quienes consideran absurda dicha restricción en la LFDA); Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, pp. 149 y 150.

³⁴⁰ Villalba, Carlos Alberto, “Planteamiento – Fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – Justificación de la remuneración por copia privada (en general)” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. II, p. 582; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1065.

³⁴¹ Afirma Lipszyc: “La posibilidad de hacer copias estaba naturalmente restringida: se hacía en forma manuscrita o, cuanto mucho, mecanografiada, y ello requería un tiempo y un esfuerzo considerables. La pérdida para el autor resultaba, entonces, de poca monta”, a lo que añade esta profesora que, una rígida prohibición de realizar copias privadas, ante la imposibilidad de control alguno, estaba destinada a ser transgredida. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223.

En el mismo sentido, *vid.* Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 246.

³⁴² Rogel Vide, Carlos, “La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 229.

También *vid.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 67; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 226; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 174; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 328.

³⁴³ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *Intellectual property in the new technological age*, Nueva York, 2a. ed., Aspen law & business, 2000, p. 509; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 69; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 224; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 246; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 588.

El principio general es que, si no existen objetivos de lucro, cualquier persona puede fotocopiar las obras que necesita para uso estrictamente personal. Un ejemplo pertinente es el del estudiante que reproduce un texto necesario para sus investigaciones o estudios personales³⁴⁴.

En el caso de México, la copia privada se incorporó a nuestro derecho en el texto original de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956; concretamente en el inciso d) de su a. 15, cuyo texto es:

Artículo 15.- El derecho de autor no ampara contra los siguientes actos:

(...)

d) La copia manuscrita, a máquina, fotográfica, fotostática, pintada, dibujada o en micropelícula de una obra publicada, siempre que sea para el uso exclusivo de quien la haga, sin mostrarla o exhibirla en público y sin lucrar o comerciar con ella en ninguna forma³⁴⁵.

Ahora bien, aunque la referencia a los fundamentos de cada restricción al derecho de explotación la realizamos más adelante en el presente capítulo (apartado 10), es necesario hacer aquí una excepción con el fin de entender a cabalidad la figura de la copia privada y el debate en torno a ella.

La justificación más común para explicar la copia privada, es la de las fallas del mercado: resulta incosteable controlar las reproducciones de este tipo mediante la concesión de licencias a cada consumidor final³⁴⁶. Justificación que comúnmente está asociada a aquella que dice que es imposible vigilar y hacer cumplir el derecho de reproducción cuando los consumidores hacen copias privadas, lo que implicaría una “letra muerta”³⁴⁷, amén de la poca significación económica que la copia privada tenía para los autores³⁴⁸.

Empero, si esa fuera la única razón de ser de la copia privada, dicha restricción ya habría desaparecido, pues el estado actual de la técnica permite controlar las copias privadas mediante el empleo de medidas tecnológicas de protección³⁴⁹; sin embargo, y a

³⁴⁴ VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, p. 42.

³⁴⁵ Las reformas de 1963 ampliaron dicha restricción, pues conservando el mismo texto inicial, se le suprimió la frase: “sin mostrarla o exhibirla en público y sin lucrar o comerciar con ella en ninguna forma”, como se puede apreciar en el inciso e) de su a. 18.

³⁴⁶ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, pp. 115 y 116; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1071; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 30 y 31.

Esta justificación está basada en el análisis económico del derecho, y es impulsada principalmente por los maximalistas o neoclásicos de la escuela de Chicago. Sobre dicha visión de los derechos de autor, *cfr. infra* el apartado 4.1 del capítulo quinto.

³⁴⁷ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, “The legitimation, practice and future of private copying –A paper taking as an example the system of private copying in Germany–”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2003, p. 5; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1071; Kemper, Kurt, “La copia privada en Alemania” en VV.AA., *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1995, p. 117; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 175 y 176; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 54; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 30; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 591.

³⁴⁸ Cabedo Serna, Llanos, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 75.

³⁴⁹ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 85 y 86; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 169.

pesar de estas posibilidades técnicas, los legisladores han decidido conservar la restricción relativa a la copia privada³⁵⁰, lo que nos demuestra que dicha institución tiene algún fundamento adicional que trasciende los meros problemas prácticos y las fallas del mercado³⁵¹.

En efecto, un sector muy importante de la doctrina encuentra como soporte de la copia privada el derecho fundamental a la intimidad (y, por tanto, en última instancia, el respeto a la vida privada)³⁵² e, incluso, la inviolabilidad del domicilio³⁵³ o la propiedad privada³⁵⁴.

Pero los fundamentos de la copia privada no se agotan ahí, pues también se ha señalado reiteradamente el derecho de acceso a la cultura³⁵⁵, y, a veces también, el derecho a la educación³⁵⁶. En este sentido, Cadarso explica:

Cfr. el apartado 3.2.4 del capítulo siguiente sobre el debate acerca de las medidas tecnológicas de protección.

³⁵⁰ Un claro ejemplo es la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea, que aun contempla la copia privada para varios casos, y establece un complejo sistema de interacción de esta figura con las medidas tecnológicas de protección.

³⁵¹ En este sentido Senftleben apunta: “Market failure, however, has no justificatory substance in an ethical or moral sense. As all concepts are grounded in nothing but certain circumstances which are qualified as ‘failure’, the market failure approach is doomed to fail as soon as the abuse can be remedied. Therefore, it is not surprising that technological measures which allow the monitoring of the detail of individual uses irrespective of their total number in the digital environment, have unveiled the Janus face of the market failure rationale. Nowadays, it serves more as a strong argument for those espousing the abridgement of copyright limitations than as a basis for their fortification”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 31.

Por lo que Cabedo Serna explica que los argumentos para fundamentar la copia privada que no tienen carácter económico, pretenden perdurar en el tiempo y no ser afectados por los desarrollos tecnológicos. *Cfr.* Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, pp. 75 y 76.

³⁵² Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 5; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, p. 76; Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, p. 116; Delgado Porras, Antonio, “La ‘copia privada’ en España” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 39; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 47, 48 y 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1068; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 117; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Marín López, Juan José, “El canon compensatorio por copia privada y el derecho comunitario”, *Boletín del Instituto de Derecho de Autor*, Madrid, núm. 2, junio 2006, p. 3; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 73; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 328; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, p. 236; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

De hecho, en la comunicación de seguimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas al Libro Verde de 1995 (*vid. infra* apartado 3.4.1 del capítulo quinto), se reconoció que no podía abandonarse la copia privada como restricción al derecho de explotación, porque se sacrificaría el derecho a la intimidad de los usuarios de obras.

³⁵³ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, p. 116; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 39; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175.

³⁵⁴ Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 352, p. 3; y Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, p. 76.

³⁵⁵ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, p. 76; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 247; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

³⁵⁶ Es así que opina la jurista colombiana, Sofía Rodríguez, que: “La copia privada de las obras se justifica en la medida en que a través de ella se permite el acceso de cada individuo a las creaciones, en beneficio de la educación y la cultura, siempre que no medie un objetivo lucrativo”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

En cambio, Villalba se manifiesta abiertamente en contra de esta justificación. *Cfr.* Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, pp. 590 y 591.

La copia privada, en fin, supone un beneficio para la comunidad, como medio para acercar la cultura a los ciudadanos. Desde esta perspectiva, se trataría de armonizar la protección del autor y su adecuada remuneración con la protección del interés general³⁵⁷.

Estrechamente vinculado con esto, también se ha encontrado fundamento de la copia privada en la promoción de la creatividad y en constituir un motor para la libertad de expresión, en tanto los autores del futuro necesitan apoyarse en los trabajos de los autores del pasado, ayudando la copia privada (tanto transformativa como meramente consumitiva) a lograr este proceso³⁵⁸.

En este sentido, es muy interesante la idea de “equidad intergeneracional” de Senfleben, quien explica que la realización de copias privadas es susceptible de ayudar a la producción de nuevas obras, pues mientras el autor está en un proceso creativo puede valerse de estas para recibir ideas frescas e impulsos creativos (y hasta estudiar la técnica de sus predecesores); incluso en el caso del mero uso consumitivo de copias privadas, en un futuro, eso podrá trascender a un uso creativo cuando el autor nuevo llegue a producir sus obras, trayendo un bagaje cultural previo que se nutrió, entre otras cosas, de copias privadas³⁵⁹.

Otras justificaciones que se han dado a la copia privada son los derechos de los consumidores³⁶⁰ y la diseminación de información³⁶¹ (derecho a la información, en una de sus vertientes).

Adicionalmente, en países como México, fuertemente aquejados por el problema de la piratería (estrechamente vinculado con los grandes cárteles del crimen organizado y, por ende, con la supurante crisis de la seguridad pública), la copia privada puede verse como una válvula de escape y una opción frente a la piratería. Así, la realización de copias privadas sería un incentivo para no comprar copias piratas; el Estado privilegiaría que los ciudadanos realicen copias por sí mismos, en lugar de entregarle dinero al crimen organizado (que a su vez puede reinvertirlo en otras de sus reprochables actividades: secuestro, narcotráfico, pornografía infantil, etc.).

Todo lo antes dicho suena muy bien, pero cabe preguntarnos qué pasa con los intereses de los autores cuando se permiten hacer copias privadas a diestra y siniestra. A continuación abordaremos esta cuestión, viendo cómo la permisión de realización de copias privadas puede ser compatible con los intereses económicos del autor a través de un derecho de simple remuneración.

Recapitulando, podemos ver que existen varios argumentos para adoptar la restricción consistente en la copia privada. Sin embargo, no podemos cerrar los ojos al otro lado del fenómeno: las copias privadas, por muy loables y deseables que pudieran ser, afectan negativamente los intereses económicos de los autores³⁶².

³⁵⁷ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, p. 116.

³⁵⁸ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1070 y 1071.

También sobre la copia privada como motor del derecho a la información o libertad de expresión, *cf.* Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 74 y 75.

³⁵⁹ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 204 y 205.

³⁶⁰ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1096 y 1097.

³⁶¹ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

³⁶² Sobre la afectación de estos intereses, *cf.* Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 48; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 226; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 176; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 149; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 246; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 329; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, pp. 593 y 594.

De esta forma, y para atajar dicha problemática económica, junto con la copia privada (restricción al derecho de explotación) se suele conceder un derecho de remuneración por copia privada (derecho de simple remuneración), configurándose así lo que se suele llamar “licencia legal”³⁶³ (restricción acompañada de un derecho de remuneración), en la que no se necesita pedir autorización para realizar copias privadas, pero se debe pagar una cantidad de dinero para no afectar los intereses económicos de los autores. Veamos a continuación el origen y alcance de tan interesante figura.

El derecho de remuneración por copia privada tuvo su génesis en el famoso caso *Grunding Reporter* resuelto el 18 de mayo de 1955 por el Tribunal Supremo alemán. En este asunto la sociedad de gestión colectiva, GEMA, ejerció acciones contra un productor de grabadoras de cintas, requiriéndole que no vendiera sus aparatos a menos que comunicara a los consumidores sus obligaciones en materia de derechos de autor, así como reclamó la reparación de los daños y perjuicios por las infracciones pasadas. El alto tribunal partió del supuesto de que la ley autoral alemana de 1901 no previó el problema de las grabaciones caseras, pero interpretó que la facultad de reproducción de los autores servía para prohibir esas grabaciones, y que debía remunerarse a los autores, incluso cuando las reproducciones se hicieran sin fines de lucro. De esta forma, se resolvió que el productor demandado contribuyó a la violación de derechos de autor³⁶⁴.

Este precedente fue retomado por el propio Tribunal Supremo germano en el también muy conocido caso *Personalausweise* de 25 de mayo de 1964, en el que GEMA requirió a los vendedores de aparatos de grabación que llevaran un registro de los compradores de sus equipos (esto para inspeccionar los usos que hicieran los consumidores). El tribunal desestimó tal pretensión, alegando que eso atacaría la esfera privada de los consumidores y atentaría contra la inviolabilidad de su domicilio (protegida constitucionalmente)³⁶⁵.

En 1965 se promulga en Alemania una nueva *Urheberrechtgesetz*, en la que se crea un nuevo derecho de autor: el derecho de remuneración por copia privada, el cual estuvo influido por los casos *Grunding Reporter* y *Personalausweise*. Esta solución legislativa busca, por un lado, proteger el derecho fundamental a la intimidad del que gozan los consumidores y, al mismo tiempo, proporcionarles ingresos económicos a los autores (paliando así los efectos negativos que les genera la reproducción masiva de obras para usos privados)³⁶⁶.

El sistema implantado en 1965 consistía en que un porcentaje de la venta de los aparatos reproductores se destinaría a los autores y demás titulares de derechos³⁶⁷. Como bien explica Lipszyc: “ese pago no es por el uso concreto sino por la posibilidad que esos aparatos ofrecen para realizar copias”³⁶⁸. Posteriormente, en 1985 Alemania amplía el

³⁶³ *Vid. supra* el apartado 2 del presente capítulo, para una explicación de las restricciones acompañadas de un derecho de remuneración.

³⁶⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 50 y 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Schmidt, Luis C., “Private reproduction rights and exemptions under Mexican copyright law”, *The Asialaw IP review*, julio-agosto 2003, p. 28; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 586.

³⁶⁵ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 364, p. 28; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 586.

³⁶⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 118; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 241 y 242; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 587.

³⁶⁷ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 8; y Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 118.

³⁶⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

sistema para aplicarse también a los soportes vírgenes que pudieran servir para hacer copias de obras³⁶⁹.

El derecho de remuneración por copia privada creado en Alemania tuvo una favorable acogida (primeramente en Europa), de tal forma que, poco a poco, se fue extendiendo a otros países³⁷⁰, al grado de que en la década de 1980 hubo un verdadero movimiento a favor de ese derecho de simple remuneración³⁷¹. En la actualidad, la amplísima mayoría de los países que regula la restricción relativa a la copia privada, la acompañan del respectivo derecho de remuneración³⁷².

A grandes rasgos, el derecho de remuneración “compensatoria” por copia privada³⁷³ consiste actualmente en grabar con un porcentaje los equipos reproductores (fotocopiadoras, grabadoras, videograbadoras, quemadores de discos digitales, etc.) y/o los soportes materiales vírgenes (discos, cintas, discos duros de computadoras, etc.), según el sistema adoptado por cada país³⁷⁴. La remuneración debe ser cubierta por los fabricantes o importadores de los productos indicados, no así directamente por los usuarios que hacen las copias privadas³⁷⁵, por lo que se ha calificado a esta figura como una licencia legal *indirecta*³⁷⁶, pues el consumidor cubrirá indirectamente la remuneración a través de los

³⁶⁹ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, pp. 3 y 8; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 118; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 340, p. 587.

³⁷⁰ Por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Hungría, Italia, Islandia, Noruega, Portugal, Suecia, etc.

Cfr. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 176; Marín López, Juan José, “Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa”, Ponencia en las Jornadas de Derecho de Autor, OMPI / INDA / Universidad Panamericana-DF, México, 6 y 7 de septiembre de 2005, pp. 8 y 9; Netanel, Neil Weinstock, “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, p. 32; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 246; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 14.

En EUA llegó a existir un derecho de este tipo, previsto en la *Audio Home Recording Act* de 1992, relativo al DAT (*digital audio tape*), pero dado que ese formato no cuajó en el mercado, el derecho de remuneración no pudo aplicarse. *Vid.* Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 370, p. 33.

³⁷¹ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, pp. 234 y ss; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

³⁷² Inclusive, el inciso b) del a. 5.2 de la Directiva de la Sociedad de la Información, faculta a los miembros de la Unión Europea para establecer, en sus leyes internas, la copia privada como restricción al derecho de explotación; pero en caso de así hacerlo, siempre deberán acompañar esa restricción de un derecho de remuneración.

³⁷³ “Es frecuente que se la denomine *remuneración compensatoria*. La palabra *compensatoria* es utilizada en sentido coloquial (contrapesar, equilibrar) y no en lo jurídico (*forma de extinguir las obligaciones* que tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente respecto de deudas liquidas, exigibles, de plazo vencido, etcétera)” (énfasis en el original). Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

³⁷⁴ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 68 y 69; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 370, p. 32; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 146.

³⁷⁵ Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 120; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 63; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 247; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 85.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 11 de octubre de 1988, no vio mayor problema en que ciertos intermediarios sean los deudores de la remuneración, en tanto ellos son los que directamente inducen a otros a apropiarse de los logros autorales.

³⁷⁶ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, p. 236.

Explica también esta concepción, Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 49.

empresarios indicados³⁷⁷ (ya que estos difícilmente absorberán esa carga económica, sino que la repercuten al consumidor en el precio final). La gestión colectiva es la forma idónea de recaudar y distribuir esas remuneraciones, en tanto no sólo facilita a los titulares el ejercicio de este derecho, sino que también hace las cosas más sencillas para los obligados al pago, pues estos cuentan con una ventanilla única para liquidar en un solo trámite sus deberes legales; por tal razón, en muchos países, el derecho de remuneración por copia privada se ha configurado como un derecho de gestión colectiva obligatoria (desde luego, bajo vigilancia y fiscalización de una autoridad estatal)³⁷⁸.

Así las cosas, y a pesar de posturas radicales en ambos lados (empresarios y consumidores que no desean pagar la remuneración, por un lado, y, por el otro, titulares que prefieren controlar las copias privadas mediante un derecho de explotación, en lugar de tener un mero derecho de remuneración³⁷⁹), consideramos que el derecho de remuneración por copia privada es una respuesta equilibrada que salvaguarda los intereses involucrados. Como bien explica Cadarso:

La remuneración compensatoria surge, así, como sistema que trata de conciliar, por una parte, los intereses patrimoniales del autor, titular de los derechos de explotación exclusiva en cualquier forma, y, de otra parte, el acceso que la realidad tecnológica actual pone al alcance de la mayoría de los ciudadanos, sin posibilidad práctica de control individualizado, mediante la realización de copias o reproducciones para uso privado, en muchos casos necesaria para cumplir el objetivo de acercar la cultura a los ciudadanos³⁸⁰.

³⁷⁷ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 8; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1070; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 281; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 63.

³⁷⁸ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 16; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 347, p. 122; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 66 y 67; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

³⁷⁹ Explican esto Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 347, p. 14; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 125; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 252.

Como ejemplo, puede destacarse entre nosotros la postura de Schmidt, para quien introducir en México el derecho de remuneración por copia privada, sería *injusto* para los consumidores, pero *más injusto* para los empresarios. *Cfr.* Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 364, p. 28.

Postura contraria –que no extremista– es la de Pastrana, quien recuerda la fundamental aportación de los autores a la cadena de valor añadido, y, con evidente influencia de la doctrina de la socialización del derecho (principalmente de la noción de solidaridad social), apunta: “Para aquellos que piensan: ¿Por qué tengo yo que pagar por derechos de autor cuando sólo uso los CD para copiar datos propios?, existe la respuesta adecuada: Porque en eso consiste la democracia. Todos pagamos por todos”. Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 252.

³⁸⁰ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, pp. 122 y 123.

Por su parte, Marín López indica que este derecho de remuneración “es un mecanismo de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los intereses públicos o generales”. Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 352, p. 3.

En la misma tónica encontramos las palabras de Pastrana: “Como una forma de buscar este equilibrio, podríamos interpretar a la remuneración compensatoria, bien regulada, ya que así no se le está perjudicando al titular de los derechos económicos y a la vez se le está proporcionando facilidades al público para acceder a la obra que requiera”. Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 252.

En igual sentido Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 61 y 62.

En otro orden de ideas, al tratarse de un derecho de simple remuneración, estamos frente a una obligación entre particulares de fuente legal³⁸¹, ya que hay una relación acreedor-deudor entre meros particulares (fabricantes e importadores por un lado, y titulares de derechos –normalmente a través de una sociedad de gestión colectiva– por el otro lado), el dinero no termina en el erario público y no puede cobrarse mediante la facultad económico-coactiva del Estado; es decir: “Se configura como una obligación legal de naturaleza jurídico civil”³⁸². Sin embargo, no falta quien ha querido ver en el derecho de remuneración por copia privada un impuesto o contribución³⁸³, lo cual es francamente un despropósito. Por eso, consideramos acertadas las siguientes palabras de Mora Rodríguez: “En efecto, no es un impuesto, ni un gravamen fiscal, pues el monto de lo recaudado no se destina a contribuir al gasto público, no se hace a través de la Administración Tributaria”³⁸⁴. Claramente explica Delgado Porras:

La finalidad de este canon no ha sido otra que la de atenuar o compensar a sus titulares los perjuicios derivados de la reproducción para uso personal de sus respectivas obras prestaciones.

Luego este canon, en atención a dicha finalidad, está muy lejos del mundo tributario, incluso de la parafiscalidad, que constituyen también conjuntos de obligaciones pecuniarias nacidas de la ley pero que tienen por fin procurar el sostenimiento de los gastos públicos³⁸⁵.

Una vez definidos los contornos de la copia privada como institución jurídica, procederemos a analizarla en la vigente legislación mexicana.

La copia privada, como restricción al derecho de explotación, está plasmada en la fr. IV del a. 148 de la LFDA, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

IV.- Reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

³⁸¹ Sobre la configuración de los derechos de remuneración, *cfr.* el apartado 5.3 del capítulo segundo de la presente investigación.

³⁸² Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 57.

En igual sentido, como bien explica Delgado, este derecho de remuneración, al ser un derecho de autor, “pertenece al campo jurídico privado”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 48.

Asimismo, Marín ve en tal derecho una figura “de naturaleza jurídico-privada. Se trata de una obligación civil cuya fuente es la ley”. *Cfr.* Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 352, pp. 3 y 4.

³⁸³ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 364, p. 29 (para quien introducir el derecho en cuestión en México sería inconstitucional, por no cumplir con los requisitos que la Constitución establece para los impuestos y otras contribuciones); y Lessig, Lawrence, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Londres, Bloomsbury, 2008, p. 271 (en particular sobre un posible derecho de remuneración por intercambio de música en redes P2P).

³⁸⁴ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 58.

³⁸⁵ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 48.

En el mismo sentido, Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 352, p. 4; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

Un primer elemento a destacar es el párrafo inicial del a. 148, el cual claramente indica que las restricciones al derecho de explotación se establecen “sin remuneración”, lo que nos lleva a concluir que en nuestro país no existe el derecho de remuneración por copia privada, es decir, la realización de copias privadas no genera retribución económica alguna, de forma que estamos ante una restricción simple y no ante una licencia legal (restricción acompañada de un derecho de remuneración).

Dicha conclusión no queda desvirtuada con el a. 40 de la LFDA, pues si bien parece evidente que el redactor de la ley quiso incluir ahí el llamado derecho de remuneración compensatoria por copia privada, más evidente es su torpeza en la redacción; de forma que lo que quedó plasmado en la ley no fue en realidad el referido derecho de simple remuneración, como se puede apreciar a continuación:

Artículo 40.- Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley³⁸⁶.

El presupuesto lógico e indispensable para el derecho de remuneración por copia privada es la existencia de la restricción relativa a las copias privadas³⁸⁷, es decir, que el legislador haya amparado esas reproducciones y, por ende, las haya revestido de *licitud*; en ese contexto, no se puede impedir la lícita realización de copias privadas (está restringida la facultad de reproducción) pero se puede cobrar cierta cantidad de dinero gracias a un derecho de remuneración, según el planteamiento teórico de esa figura. Sin embargo, el a. 40 disocia la restricción al derecho de explotación de la “remuneración compensatoria” que prevé, pues la hace depender de que la reproducción *no* esté amparada por “alguna de las limitaciones” previstas por el a. 148 de la LFDA (incluida la copia privada). Es decir, las reproducciones a las que se refiere el a. 40 son *ilícitas*, pues no están autorizadas ni por el titular del derecho de explotación ni por la ley (a través de una restricción a un derecho de explotación); de forma que las copias a la que alude el a. 40 definitivamente no son las copias privadas a las que se refiere la fr. IV el a. 148 de la legislación autoral, pues estas últimas son reproducciones *lícitas*³⁸⁸.

³⁸⁶ Este artículo fue reglamentado, en forma no muy brillante, en los aa. 19 y 20 del Reglamento de la LFDA. La primera de estas disposiciones señala: “La remuneración compensatoria por copia privada es aquella que corresponde al autor, al titular de derechos conexos o sus causahabientes por la copia o reproducción realizada en los términos del artículo 40 de la Ley”.

Mientras que el referido a. 20 es del siguiente tenor: “La remuneración compensatoria por copia privada podrá ser recaudada por los autores, titulares de derechos conexos y sus causahabientes, personalmente o por conducto de una sociedad”.

³⁸⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, p. 101.

³⁸⁸ Señala con acierto Carlos Rogel: “La justificación de la remuneración no es, nunca, el ilícito civil, sino, y si cabe, la constatación de un daño –para los autores– derivado del legítimo ejercicio del derecho –por los copistas– surgido de una licencia legal a su favor, daño que, aunque justo, sería merecedor de una compensación, de una remuneración compensatoria, tendente a restablecer un equilibrio patrimonial roto”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, p. 253.

Vid., asimismo, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

La postura predominante en la doctrina mexicana es que la LFDA no regula el derecho de remuneración por copia privada³⁸⁹, y si acaso, lo que regula el a. 40 es, más bien, una indemnización por hecho ilícito³⁹⁰.

Esto convierte a México en una anomalía en la legislación comparada, pues la amplia mayoría de los países que contempla la restricción de la copia privada, la acompaña del correlativo derecho de simple remuneración³⁹¹.

Un segundo elemento destacable de la regulación de la copia privada en el a. 148, es que comprende expresamente todo tipo de obras, de ahí que esté permitido hacer reproducciones de cualquier clase de creaciones, sean estas literarias, musicales, visuales, audiovisuales e, incluso, programas de cómputo³⁹². Además, la ley permite la reproducción de la totalidad de la obra, pues el artículo en comento claramente habla de copia de “una obra literaria o artística” y no de “partes de una obra”³⁹³. La disposición legal tampoco distingue entre los medios o técnicas para realizar esas copias, por lo que también incluye la copia privada digital³⁹⁴.

Como tercer elemento de análisis del a. 148 de la LFDA, está el determinar si lo que autoriza es la *copia privada*, propiamente dicha, o más bien una mera *copia personal*. Sobre dicha distinción nos explica Cadarso Palau que:

³⁸⁹ Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 327, p. VI; De la Parra Trujillo, Eduardo, “Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IJ-UNAM, año III, núm. 8, mayo-agosto 2004, p. 110; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 54; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p.247; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 364, p. 28.

³⁹⁰ En este sentido, Caballero y Jalife afirman: “La inusual definición de ‘remuneración compensatoria’ a que alude el artículo en cita, parece haberse querido emplear como sinónimo de reparación de daño material, y al haberlo realizado de tal manera, generará toda clase de cuestionamientos acerca de su alcance e interpretación, entre ellos, el poder reclamar el pago simultáneo de tal remuneración compensatoria y además daños y perjuicios”. Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 327, p. IV.

Por su parte, el jurista español, Juan José Marín López, opina que “la locución ‘remuneración compensatoria’ es empleada por el artículo 40 de la LFDA de manera impropia e incorrecta desde el punto de vista técnico-legislativo. En efecto, la lectura íntegra de dicho artículo 40 (...) demuestra que la expresión ‘remuneración compensatoria’ no se refiere al derecho de remuneración que le asiste a los titulares de derechos de autor y derechos conexos por la copia privada de sus obras y prestaciones, sino a la indemnización a la que unos y otros tienen derecho cuando se produce una reproducción de sus obras o prestaciones no amparada por ninguna limitación legalmente prevista ni autorizada por el titular. En el artículo 40 de la LFDA, ‘remuneración compensatoria’ equivale a indemnización por infracción del derecho de reproducción”. Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 370, p. 3.

³⁹¹ Sobre esta situación, López Maza opina: “los Estados no pueden admitir sin más la copia privada, sino que deben prever algún tipo de remuneración. De no hacerlo se vulneraría la regla de los tres pasos”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 243.

³⁹² Máxime que el a. 105 de la LFDA, al prever restricciones al derecho de explotación en los programas de computación, parece no excluir las restricciones del a. 148. *Vid. infra* el apartado 8.2.11 del presente capítulo.

³⁹³ De ahí que, para el caso México, no se sostenga normativamente la opinión de aquellos que consideran que la copia privada sólo autoriza la reproducción parcial de la obra, más nunca su totalidad.

Este punto de vista es expresado por Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 228.

³⁹⁴ La llamada copia privada digital es “aquella reproducción permanente que se efectúa y queda plasmada en un soporte digital, sea tangible (CD, DVD, disquete, etc.) o intangible (disco duro de un ordenador)”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 186.

se ha vacilado conceptual y terminológicamente a la hora de diferenciar “uso privado” (que incluiría a las personas que forman parte del círculo privado o familiar del usuario) y el “uso personal” (expresión que se reservaría para un uso estrictamente individual del copista)³⁹⁵.

Aunque también hay posturas que consideran irrelevante distinguir entre uso privado y uso personal, como es el caso de Ribera Blanes, quien opina:

Aun así, consideramos que el alcance de la expresión “uso privado” concuerda en el ámbito de la copia privada con la de “uso personal”, de modo que ambos términos deben entenderse en el mismo sentido y en oposición a uso colectivo³⁹⁶.

Sin embargo, tal debate es un tanto intrascendente en el caso de México, pues nuestra ley utiliza la expresión “uso personal y privado”, lo que, a nuestro entender, implica que se permiten no sólo los usos personales, sino también los usos privados³⁹⁷. Esto se corrobora con el segundo párrafo de la fr. IV del a. 148 de la LFDA, que amplía esta restricción al derecho de explotación más allá del uso privado, llegando a hipótesis de uso público como el de instituciones educativas, de investigación y todas aquellas que no tengan fines de lucro. Desde luego, quedan excluidos usos internos en empresas u organizaciones de prestación de servicios, dada la finalidad económica que persiguen esas entidades.

Salvo esos casos particulares previstos en la LFDA a favor de ciertas personas morales, quedan excluidos del régimen de copia privada los usos colectivos de la reproducción, que son aquellos casos en donde el beneficiario de la copia privada difunde esta a varias personas fuera de su círculo privado³⁹⁸.

El cuarto elemento de análisis se refiere al alcance de la copia privada. Nuestra ley es tajante al señalar que sólo puede hacerse una reproducción y obtener sólo una copia; esto puede generar una interpretación muy restrictiva e inflexible (sobre todo a la luz de la máxima de interpretación restrictiva que pregonan la doctrina clásica), pues puede suceder que la copia privada de una persona se dañe o destruya, debiendo tenerse la facilidad de hacer una segunda copia.

Disposiciones de ese tipo han encontrado interpretaciones más flexibles en los EUA. Efectivamente, el a. 108.a de la *Copyright Act* contempla como lícitas las copias realizadas por bibliotecas o archivos, siempre y cuando “no se haga más de una copia”, disposición

³⁹⁵ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, pp. 116 y 117.

En igual tenor, Lipszyc refiere: “El uso privado es más amplio que el uso personal porque este último comprende solo el material producido exclusivamente con destino al uso individual de una persona mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas como es el caso de los alumnos de una clase”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 224.

En el mismo sentido, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 190; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 98; y Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 122 y 123.

³⁹⁶ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 330.

³⁹⁷ Comparten esta opinión Pérez Fuentes, Gisela María, “La protección de los derechos de autor desde Víctor Hugo hasta la sociedad de la información a través del sistema de gestión colectiva”, *Perspectivas docentes*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, núm. 37, 2008, p. 10; y Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 100.

En particular, al ser el “uso privado” una noción amplia (género) que incluye al “uso personal” (especie), todo uso personal es necesariamente privado, mientras que no todo uso privado es personal (como el caso de usar la obra en una reunión familiar).

En contra, Marín López, utilizando la común técnica de interpretación restrictiva en la materia, considera que la LFDA sólo permite usos personales. *Cfr.* Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 370, p. 2.

³⁹⁸ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 194 y 195.

que ha sido interpretada en el sentido que, de cierta obra, no puede hacerse más de una copia *en ese momento*, por lo que puede volver a reproducirse con posterioridad³⁹⁹.

En Alemania, los tribunales han considerado que una persona puede valerse de la restricción de copia privada, para hacer hasta siete copias de una obra protegida por derechos de autor⁴⁰⁰.

En la misma tónica, explica López Maza:

Es cierto que si la reproducción se reduce al ámbito privado, hasta cierto punto es irrelevante el número de copias que se hagan, pudiendo hacer más de una. Puede ser que una persona necesite varias copias del mismo contenido para uso privado. Además, dada la diversidad de soportes y formatos en que pueden reproducirse las obras y prestaciones, puede resultar insuficiente una única copia⁴⁰¹.

Además, si la copia privada encuentra en el derecho a la intimidad uno de sus fundamentos, ese derecho debe respetarse siempre, y no hacerse depender del número de ejemplares que se reproduzcan para uso privado. Máxime cuando la segunda y subsecuentes copias adicionales rara vez tienen significación económica propia (sobre todo en el ámbito doméstico), pues, normalmente, se trata de medios para facilitar el uso de una obra cuya adquisición ya fue pagada previamente.

Asimismo, y regresando al alcance de la copia privada en México, el texto de la ley es muy claro al excluir el ánimo de lucro en la utilización de esta clase de copias: si la reproducción se realiza para venderla o rentarla, por ejemplo, ya no será considerada copia privada, y por ende, deberá contar con autorización del titular de las facultades de reproducción y distribución para su licitud.

El quinto elemento es de los más polémicos y se refiere al beneficiario de la restricción al derecho de explotación. La fr. IV en glosa establece como beneficiario a “quien la hace” (la reproducción), lo que ha llevado a muchos –siguiendo la referida técnica de la interpretación restrictiva– a considerar que la copia privada debe ser realizada directa y manualmente por quien la va a utilizar, sin que pueda intervenir ningún intermediario⁴⁰². Tal postura no presenta mayor problema cuando la copia privada es de obras musicales, audiovisuales o de obras en formato digital, pues dichas reproducciones suelen hacerse por el propio usuario en su domicilio y con sus propios medios de reproducción; el debate se presenta en materia de fotocopiado⁴⁰³, pues las copias, aunque están destinadas a un uso privado (no lucrativo ni colectivo), son realizadas por un intermediario normalmente a cambio de una contraprestación en dinero⁴⁰⁴; es lo que se suele llamar las “copias por encargo”⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 309.

⁴⁰⁰ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, “The german copyright – yesterday, today, tomorrow” en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 484.

⁴⁰¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 236.

⁴⁰² Por ejemplo, Delgado Porrás opina que debe haber una “identidad absoluta entre ese responsable y el destinatario de la copia”. Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 45.

⁴⁰³ Comparte esta opinión, Goldstein, Mabel, *Derecho de autor y sociedad de la información*, Buenos Aires, La Rocca, 2005, p. 299.

Asimismo, *vid.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 202.

⁴⁰⁴ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 333.

⁴⁰⁵ *Cfr.* Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 352, pp. 44 y 45.

En este sentido, creemos que no debemos cerrarnos a una pobre interpretación gramatical de la ley, sino incluir argumentos teleológicos y atender a los principios y valores que busca salvaguardar el legislador; de ahí que no deba tener mayor trascendencia si la copia se hace directamente o con intermediación de alguien (como puede suceder en muchos otros ámbitos del mundo jurídico, incluyendo el matrimonio), sino la *finalidad misma de la copia*, es decir, que su destino sea el uso privado⁴⁰⁶. O sea, no importa si el botón de la fotocopidora lo apretó el beneficiario u otra persona, lo importante es que esa copia se use sólo con fines privados.

Por consiguiente, la expresión “quien la hace” no es tan clara como muchos creen, pues no se refiere necesariamente a quien materialmente realiza la copia, ya que se trata de una expresión tan ambigua que puede referirse a diversas clases de copistas: el material, el intelectual o el comercial. En efecto, hay varias posibilidades interpretativas:

a) el copista es aquel que posee en sus locales el material necesario para confeccionar las fotocopias y explota este material poniéndolo a disposición de sus clientes; b) es copista el que elige el contenido de la copia en función del uso que piensa hacer de ella, es aquel que encarga la copia; c) copista es aquel que hace la copia, el que acciona el botón de la máquina⁴⁰⁷.

¿Quién copió la obra? ¿El usuario que tomó la decisión de copiarla y la llevó a un centro de copiado –copista intelectual–? ¿La copistería que presta el servicio –copista comercial–? ¿El empleado que atiende al usuario como dependiente de la copistería –copista material–? Reiteramos, la restricción debe interpretarse conforme a sus propósitos y conforme a la finalidad de la ley de que los usuarios podamos tener copias privadas. En consecuencia, estimamos que la restricción prevista en la LFDA aplica, incluso, cuando la copia es por encargo.

Por otro lado, se ha discutido mucho en la doctrina sobre si es factible que las personas morales se beneficien de la restricción relativa a la copia privada, realizándose así usos que se califican de “semi-públicos”⁴⁰⁸. Nuestra ley toma una postura muy clara y excluye a las personas morales de este beneficio, con excepción de entidades no lucrativas y/o educativas y/o de investigación; lo que nos hace evidente que el legislador tuvo en mente diversos derechos fundamentales al establecer dicha disposición, tales como el derecho a la educación y el derecho a la información en su modalidad de buscar información (investigación).

En fin, consideramos a la restricción concerniente a la copia privada como una institución muy importante y necesaria dentro del derecho autoral. Por ende, es imperante incorporar a nuestra ley el derecho de remuneración por copia privada, para no dejar incompleto el sistema y hacerlo más equilibrado. De hecho, la remuneración por copia privada no sólo es acorde con nuestra Constitución (y con los tratados internacionales de

⁴⁰⁶ Rogel Vide indica que “una cosa son los copistas y otras las copias”, agregando: “Las copias serán privadas o públicas según sean objeto o no, en estos últimos casos, de utilización colectiva”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, p. 246.

Como bien dice Antonio Delgado, en materia de copia privada no implica “que lo privado sea la reproducción, sino el destino de ella”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, p. 42.

Mientras que López Maza explica: “Lo privado no es la reproducción, sino el destino de la copia”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 190.

⁴⁰⁷ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 332.

⁴⁰⁸ *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 352, pp. 42 y 43; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 224 y 225.

derechos fundamentales), sino, además, puede considerarse una medida exigida por esta, en pos de un sano equilibrio.

8.2.5.- Reproducciones para seguridad y preservación en archivos y bibliotecas.

Cada día toman más importancia las restricciones al derecho de explotación relativas al uso de obras en bibliotecas, paralelamente a que se han vuelto más ásperas las relaciones entre los titulares de derechos de autor y las bibliotecas. Veamos.

Tradicionalmente, las bibliotecas eran un importante sector del mercado editorial, es decir, se les veía como clientes que adquirirían ejemplares de las obras literarias (lo que garantiza un mínimo de compras), por lo que no significaban ningún foco rojo. Las cuestiones de derechos de autor que involucraban a las bibliotecas eran mínimas y quedaban fácilmente resueltas con la figura del agotamiento de la facultad de distribución (o, en su caso, mediante una restricción *ad hoc* de dicha facultad). Sin embargo, esta situación de complementariedad que tenían las bibliotecas respecto de la industria editorial, comenzó a transformarse en una de competencia, pues las bibliotecas, primero, empezaron a realizar microfilmado de obras, luego fotocopiado para los usuarios y, ahora, digitalización de sus acervos para acceso remoto, lo que ha llevado a una reducción del mercado de los autores y editores⁴⁰⁹.

Empero, a pesar de recientes desacuerdos e incomprensiones mutuas, los derechos de autor y las bibliotecas coinciden en una finalidad común básica, que es hacer que los ciudadanos disfruten de la cultura. En este sentido, a lo largo del mundo se han discutido y formulado una serie de restricciones al derecho de explotación que atiendan la problemática.

En consecuencia, las soluciones han sido variadas, desde el establecimiento de una restricción amplia que permita toda clase de reproducciones por bibliotecas y archivos siempre que no tuvieran fines lucrativos, pasando por restricciones que sólo amparan tales copias cuando tengan fines de investigación, hasta aquellas que sólo admiten reproducciones para fines de preservación⁴¹⁰.

Precisamente, en ese último caso es en el que se encuentra la legislación mexicana⁴¹¹. En efecto, nuestra LFDA sólo contempla una restricción destinada a las bibliotecas y

⁴⁰⁹ Casas Vallés, Ramón, “Derecho de autor y bibliotecas: historia de una larga amistad”, Ponencia en el seminario internacional CEDRO / IFRRO, Madrid, 28 de octubre de 2005, pp. 1 a 3; y Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, pp. 71 a 73.

En este sentido, Senftleben nos recuerda que, mientras que las labores de colección, almacenamiento y de preservación de ejemplares realizadas por las bibliotecas no afectan la normal explotación de obras, las labores de diseminación de la información sí tienen más implicaciones en materia de derechos de autor. *Cfr.* Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 206.

También para una panorámica de las relaciones entre derechos de autor y bibliotecas, *vid.* Hudson, Emily, “The Copyright Amendment Act 2006: the scope and likely impact of new library exceptions”, *Australian law librarian*, Australia, vol. 14, núm. 4, 2006, pp. 26 a 29.

⁴¹⁰ Un análisis detallado sobre las diversas tendencias sobre restricciones a favor de las bibliotecas, puede encontrarse en Crews, Kenneth, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 3 a 7 de noviembre de 2008, pp. 45 a 62.

Para una visión panorámica de las opciones adoptadas en Latinoamérica, España y Portugal, *cfr.* Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 320, pp. 409 a 415.

Vid. también Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 76 y 77.

⁴¹¹ Comparte esta opinión, Crews, Kenneth, *op. cit.*, nota 410, p. 336.

archivos, decantándose por la opción más lacónica y limitada, como se puede ver en el a. 148, fr. V:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

V.- Reproducción de una sola copia por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

Los beneficiarios de esta restricción son los archivos y bibliotecas, sin que la ley distinga si son públicos o privados, lo cual es acertado, pues sin negar el papel central e indispensable de archivos y bibliotecas del Estado, existen importantes acervos dentro de la iniciativa privada (por ejemplo, en universidades). Sin embargo, Loredó Hill⁴¹² concluye que esta fracción sólo aplica a bibliotecas y archivos del Estado, sin explicar cómo llega a tal conclusión. En cambio, Crews considera que los sujetos beneficiarios son los archivos y bibliotecas en general, sin establecerse condición alguna⁴¹³; opinión que consideramos más acertada.

A los referidos beneficiarios, la ley les permite hacer una copia de cierta obra, sin importar género o tipo (literaria, visual, audiovisual, etc.), estando facultados para que la reproducción sea total, pues la LFDA no hace referencia alguna a que la reproducción deba ser parcial, lo cual es lógico, si se atiende al propósito perseguido por la norma que es la preservación de la obra como tal, es decir, que la misma permanezca para su consulta por futuras generaciones.

En este sentido, la disposición citada supedita la licitud de esa reproducción a una cuestión finalista: la seguridad y preservación de la obra, es decir, que dicha creación no desaparezca del acervo cultural. Empero, debido a esa finalidad, la copia realizada parece que no podrá destinarse al acceso público, sino más bien a quedar guardada y protegida por si desaparece o se destruye el ejemplar original; esto en virtud de que el propósito de la copia es la seguridad y preservación, no la disposición al público, la investigación o la educación⁴¹⁴.

Por añadidura, no basta que la copia cumpla con la restringida finalidad que le señala la norma, sino que, además, la obra debe satisfacer los requisitos adicionales de que esté agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. Esto implica que la obra no pueda conseguirse en el mercado y, además, que exista un peligro cierto de destrucción de los ejemplares ya existentes, lo que hace que esta restricción tenga una aplicación muy limitada

⁴¹² Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 150.

⁴¹³ Crews, Kenneth, *op. cit.*, nota 410, p. 336.

⁴¹⁴ A manera de contrapunto, pueden mencionarse legislaciones, como la colombiana, que tienen una finalidad más amplia, como el uso exclusivo de los lectores de la biblioteca o el préstamo interbibliotecario. Para más detalles, *cfr.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 89 y 90.

En España existen restricciones con fines de investigación y conservación, para préstamo interbibliotecario, y para puesta a disposición por redes cerradas o internas con fines de investigación. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 363 y 364.

Para una visión de lo que sucede en EUA, *cfr.* Kwall, Roberta Rosenthal, "Library reproduction rights for preservation and replacement in the digital era: an author's perspective on §108", *Columbia journal of law and the arts*, Nueva York, vol. 29, núm. 3, 2006, pp. 343 y ss.

y sea de poca ayuda para resolver los diversos problemas a los que deben enfrentarse las bibliotecas para la preservación de la cultura.

Otro punto criticable de la legislación mexicana, es que no contempla ninguna restricción respecto a la digitalización de acervos y su puesta a disposición del público, operando plenamente las facultades de reproducción y comunicación pública en este ámbito⁴¹⁵. Si bien es difícil encontrar una solución equilibrada y adecuada que respete los derechos de los autores y la loable labor de las bibliotecas⁴¹⁶, estimamos que el legislador nacional debió considerar la situación y avanzar hacia una respuesta.

8.2.6.- *Constancias en procedimientos judiciales y administrativos.*

El a. 148 de la LFDA, en su fr. VI dispone lo siguiente:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

VI.- Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;

Esta restricción atiende al interés público del buen desarrollo de las labores de impartición de justicia y de las administraciones públicas⁴¹⁷. En este sentido, en un juicio es normal realizar copias de los escritos de demanda, contestación, alegatos, anexos, pruebas, etc., sin autorización de su autor (recuérdese que se trata de obras literarias, y que estas se protegen por ser originales y constar en un soporte material, sin importar que su destino sea un expediente judicial o administrativo⁴¹⁸); por no mencionar los propios litigios sobre derechos de autor, en donde también es necesario reproducir obras. Asimismo, en la presente restricción al derecho de explotación podría tener cabida la cita de doctrina y otras obras ajenas que hagan los abogados en sus escritos para apoyar sus argumentos, sin perjuicio de estar también amparadas por el derecho de cita la fr. I del a. 148 de la LFDA, pues a diferencia de la fr. III, no se requiere ninguna finalidad particular de la cita (crítica o investigación).

Contrario a lo que sucede con otras fracciones del a. 148, la presente restricción no limita la reproducción a una sola copia, dado que serán lícitas todas aquellas copias que necesariamente se deban hacer. El texto normativo también es laxo en cuanto a los

⁴¹⁵ Sobre la calificación jurídica del acceso a obras por Internet, *cf. infra* el apartado 3.2.1 del capítulo quinto.

⁴¹⁶ Respecto de este tema, *vid.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 362 y ss.

⁴¹⁷ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 33; Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, p. 111; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 320, p. 369; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 244; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 167.

En este orden de ideas, Ríos Ruiz explica: “Esta excepción busca que no se pueda restringir el acceso libre a toda clase de obra o contenido cuando éste sea necesario para probar o determinar responsabilidades dentro de las actuaciones civiles, penales o administrativas adelantadas por los estamentos judiciales”. Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 121 y 122.

Por su parte, Mora Rodríguez apunta también la seguridad jurídica y el derecho fundamental de acceso a la justicia, como sustento de dicha restricción. *Vid.* Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 47 y 48.

⁴¹⁸ *Cfr.* los aa. 3º y 5º de la LFDA, y el apartado 3.4 del capítulo segundo de la presente investigación.

beneficiarios, pues no exige calidad alguna, por lo que las copias podrán ser realizadas tanto por las partes, terceros (involucrados o no), y las propias autoridades (judiciales y administrativas).

A nivel comparativo, esta restricción es cada día más común⁴¹⁹, aunque hay países, como el Reino Unido o España, que incluso la extienden a procedimientos parlamentarios, lo cual encontramos acertado, pues el interés público subyacente lo justifica. Otros países, como Alemania, hacen también referencia a los tribunales arbitrales, cosa que, si se aplica la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, se antoja imposible en países que no hagan mención expresa al arbitraje, como México⁴²⁰.

8.2.7.- Utilización de obras visibles desde lugares públicos.

La última restricción contenida en el a. 148 de la ley autoral, la encontramos en su fr. VII, misma que, textualmente, señala:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

(...)

VII.- Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Como acertadamente indica Loredo Hill⁴²¹, tal restricción fue importada de la legislación española⁴²², y puede afirmarse que su propósito es darle licitud a ciertos actos del público que resultan inocuos, como por ejemplo, el turista que fotografía un monumento o videografa un edificio⁴²³.

En este sentido, es destacable que dicha fr. VII sea la única, de todo el a. 148, que expresamente restrinja otras facultades diversas a la reproducción, pues se aprecia una

⁴¹⁹ Cfr. Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 235; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 243; Algarra Prats, Esther, “El límite a los derechos de autor por razón de seguridad pública y correcto desarrollo de procedimientos oficiales” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 18.

⁴²⁰ En este sentido, afirma Cadarso que “la extensión al arbitraje difícilmente se acomodaría al principio de interpretación restrictiva que rige en esta materia”. Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 337, p. 111.

En general, para una visión panorámica de esta restricción, cfr. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 77 y 78.

⁴²¹ Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 150.

⁴²² El a. 35.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual prescribe: “Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”.

⁴²³ Cfr. Serrano Fernández, María, “Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 TRLPI” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, pp. 222 y 223; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 312.

Además de dicha justificación, Rodríguez Moreno también considera “la libertad de expresión y de información así como el derecho a la cultura”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100.

Mientras que Serrano Migallón estima que, dado que las obras están a la vista general del público, no generan ingresos económicos por su exhibición pública. Cfr. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

mención a la distribución y a la comunicación pública⁴²⁴. De ahí que no sólo puedan hacerse copias, sino también es lícito distribuirlas y/o hacerlas llegar a una pluralidad de personas calificable como “público” sin la adquisición de ejemplares. La única facultad no mencionada es la transformación, lo cual, en principio, no plantea mayor problema en cuanto al propósito de la restricción, pues captar, por ejemplo, una escultura a través de una fotografía, dibujo o procedimiento audiovisual debe considerarse una reproducción, y no una transformación (aunque en primera instancia pudiera pensarse en una adaptación, pues se está pasando de un género o clase de obras a otro)⁴²⁵. Por tanto, la presente restricción es la más amplia, desde un punto de vista textual, en atención a las facultades del derecho de explotación que afecta.

Lo que sí es más limitado, es el tipo de obras a las que aplica. Esto en virtud de que la referencia a ciertos medios (pintura, fotografía, dibujo o técnicas audiovisuales) y que las obras sean “visibles”, nos lleva a concluir que esta restricción aplica principalmente a obras visuales, desde obras arquitectónicas, pasando por pinturas, dibujos, esculturas en sentido estricto, fotografías, etc⁴²⁶.

No se exige ninguna finalidad concreta para poder utilizar la obra (investigación, crítica, conservación, etc.), ni se limita a que el uso sea de partes de la obra (lo que implica que se puede utilizar la obra en su totalidad), lo cual nos hace ver la amplitud de esta restricción en cuanto a las conductas amparadas.

El requisito *sine qua non* que establece el legislador es que las obras sean visibles desde un lugar público. Nótese que las obras no necesariamente deben estar ubicadas en el lugar público, sino sólo ser visibles desde un sitio de esos⁴²⁷.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en la legislación comparada, la LFDA no hace referencia al requisito de *permanencia*, es decir, no se requiere que la obra esté, permanentemente, visible desde un lugar público⁴²⁸.

En este sentido, dentro de nuestra doctrina, Mora Rodríguez ha formulado la siguiente crítica:

Este es un límite, por demás lógico pero cuestionable. Piénsese en un dibujante amateur que dibuje una escultura de una exposición itinerante sobre el paseo de la Reforma, en este caso, por tratarse de

⁴²⁴ Las fr. II a VI sólo se refieren en forma explícita a la reproducción; la fr. I no hace mención particular de ninguna facultad del derecho de explotación, ya que únicamente habla de “cita de textos”.

⁴²⁵ Esto en virtud de que la LFDA, en su a. 16, fr. VI, incluye dentro de la definición de reproducción “la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa”.

⁴²⁶ En este sentido, explica Ribera que “se trata de obras de artes plásticas de carácter bidimensional o tridimensional que, a la vista de los medios que pueden emplearse para su reproducción, sólo pueden ser copiadas de forma bidimensional”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 307.

Comparten esta postura, Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 99; Serrano Fernández, María, *op. cit.*, nota 423, pp. 224 y 225; y Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴²⁷ Tal situación se deriva del hecho de que, si bien nuestro legislador trajo esta disposición del derecho español, no la copió textualmente, sino que amplió su ámbito de aplicación, pues a diferencia de la regulación hispana (que claramente indica que la obra debe ubicarse en lugar público), aquí se estableció que bastaba con que la obra fuera visible desde un lugar público.

En este tenor, la legislación colombiana sí exige que la obra esté situada en un lugar público. *Cfr.* Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 130.

⁴²⁸ *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 286, p. 125; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 478; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 320, p. 397; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 48; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 99; Serrano Fernández, María, *op. cit.*, nota 423, pp. 225 y 226.

un lugar público, estará facultado para realizar la distribución de su dibujo –su obra– en postales, cuando a simple vista lo que resalta es la escultura. Lo anterior radica sobre el hecho de que no importa el carácter de las obras que se encuentren en lugares públicos, es decir que las mismas se encuentren permanentemente en sitio, vía o lugar público⁴²⁹.

En tal tenor, podría estimarse que conductas como esa rebasan la teleología de la restricción en comento, y podrían considerarse contrarias al primer párrafo del a. 148 de la LFDA por atentar contra la explotación de la obra; amén de que hipotéticamente pudiera considerarse como uso abusivo de un derecho por parte del usuario⁴³⁰.

8.2.8.- Utilización en establecimientos abiertos al público para promover la venta de ejemplares.

Concluido el análisis de las restricciones previstas por el a. 148 de la LFDA, pasaremos al estudio de aquellas contenidas en el numeral 149 del mismo ordenamiento.

Como cuestión preliminar, hay que preguntarnos por qué el legislador separó su catálogo de restricciones al derecho de explotación en dos artículos diversos. La respuesta no es nada fácil, ya que, de entrada, la exposición de motivos de la LFDA no da explicación alguna, como tampoco lo hacen los correspondientes dictámenes parlamentarios.

En este sentido, Serrano Migallón intenta explicar el a. 149 en los siguientes términos: “Existe otro género de limitaciones al derecho patrimonial de autor y que se fundamentan en el criterio de la fijación o de la ejecución pública”⁴³¹. Consideramos poco satisfactoria tal explicación pues, para empezar, la fijación y la ejecución pública son criterios diferentes entre sí, que no sirven para unificar las restricciones en un mismo artículo; mejor se hubiera optado por hacer un artículo que agrupara restricciones bajo el criterio de fijación y otra disposición bajo el criterio de ejecución pública, o mejor se hubiera recurrido a una categoría o criterio más amplio para justificar la inclusión de las restricciones en un mismo numeral. Además, el criterio de ejecución pública (en caso de que utilicemos esa expresión como sinónimo de comunicación pública, como a veces hace –indebidamente– la legislación y la práctica mexicana⁴³²) también se usa en la fr. VII del a. 148 de la LFDA, por lo que no sería un criterio válido para mandar restricciones de ese tipo a artículos diferentes; asimismo, la restricción de la fr. II del a. 149, no siempre se funda en la fijación, antes al contrario, en la mayoría de las veces sólo se hacen meras reproducciones de obras ya fijadas. Por eso estimamos harto desafortunada y poco convincente la representación que se hace Serrano.

Más bien, la creación de un segundo catálogo de restricciones en el a. 149 de la LFDA, parece ser fruto de la casualidad y del capricho legislativo, y no de una decisión sólidamente razonada y justificada. Si acaso lo único que podríamos encontrar en común en las dos restricciones del a. 149 (y que pudiera servir como criterio unificador), es que las mismas atienden a necesidades prácticas (más que a fines de interés público o

⁴²⁹ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

⁴³⁰ En este sentido, Alberto Bercovitz afirma que la restricción es razonable en tanto se trata de obras que forman parte del paisaje urbano, pero que “lo que carece del más mínimo fundamento es que esa reproducción llevada a cabo con fines lucrativos o empresariales pueda hacerse sin pagar remuneración alguna al autor”. Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 113.

⁴³¹ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴³² Piedras, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, México, CONACULTA / SOGEM / CANIEM / SACM, 2004, p. 25.

iusfundamentales), como se verá a continuación. Empero, la restricción de la fr. VII del a. 148, también encuentra su justificación, primordialmente, en razones de índole práctica, lo que nos demuestra la poca claridad de conceptos del redactor de la ley y el tratamiento asistemático a las restricciones al derecho de explotación.

Otro aspecto a destacar, es la diferencia entre el párrafo inicial del a. 148 y el del a. 149, ya que este último solamente indica, escuetamente, “podrán realizarse sin autorización:”. Mientras que el a. 148 expresamente dice que las obras, no sólo pueden usarse sin autorización, sino además *sin remuneración*; el a. 149, no hace esta última aclaración, lo que lleva a especular si las restricciones que contempla están acompañadas o no de un derecho de simple remuneración (es decir, si son licencias legales).

La incógnita se despeja inmediatamente respecto de la grabación efímera (a. 149, fr. II), pues claramente se señala que la misma “no obligará a ningún pago adicional”. La cuestión es un poco más peliaguda respecto de la restricción de la fr. I. Empero creemos que en esta tampoco hay un derecho de remuneración; en primer lugar, porque no existe formulación expresa de la obligación de pago, y en segundo lugar, porque, aunque dicha obligación pudiera válidamente extraerse de una inferencia, faltarían elementos esenciales de su configuración, como la determinación de su monto. Refuerza este argumento el trámite parlamentario de dicha disposición, particularmente, el dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el cual apunta que tal enunciado normativo “establece los casos de excepción en que podrán realizarse utilizaciones o ejecuciones de obra sin que medie autorización previa o se causen regalías por tal concepto”⁴³³.

De igual forma, el primer párrafo nada nos dice sobre la necesidad de respetar los derechos morales sobre las obras a utilizarse, particularmente lo relativo a la paternidad, la integridad y la divulgación; sin embargo, tal omisión no genera mayor problema, pues el deber de respetar los derechos morales se desprende directamente del a. 21 de la LFDA.

De cualquier manera, salta a la vista la deficiente técnica del legislador y las innecesarias complicaciones derivadas de crear un catálogo de restricciones alterno en el a. 149 de la LFDA. Lo ideal hubiera sido que todas las restricciones al derecho de explotación del autor estuvieran en un mismo artículo, o que a cada una le correspondiera un artículo propio y todos esos artículos estuvieran agrupados en un mismo capítulo.

Una vez expresadas estas generalidades del a. 149 de la LFDA, pasemos, ahora sí, a analizar sus restricciones en particular, dedicando el presente apartado a la contemplada por su fr. I, misma que es la siguiente:

Artículo 149.- Podrán realizarse sin autorización:

I.- La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no haya cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras,

Como anticipamos, esta restricción no busca salvaguardar ningún derecho fundamental ni un gran interés público, sino que, en forma más modesta, atiende a la necesidad práctica de promover la venta de ejemplares de obras, cuestión que, como apunta

⁴³³ Coincide en este punto Serrano Migallón, para quien las restricciones del a. 149, deben cumplir los mismos criterios interpretativos que las del a. 148 de la LFDA. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

Loredo Hill⁴³⁴, beneficia tanto al empresario como al autor; es decir, legitima las prácticas habituales de propaganda mercantil, por lo que sólo pueden valerse de esta restricción los establecimientos comerciales que vendan copias (lícitas, desde luego) de las obras en cuestión⁴³⁵.

Aunque la fracción en comento habla de “utilización” de las obras, se infiere que se trata de actos de comunicación pública, pues lo que se hace en tales tiendas es comunicar obras sonoras, visuales y audiovisuales, para exponerlas al público. Sin embargo, la presente restricción también llega a afectar la facultad de reproducción en el caso de las tiendas electrónicas o “en línea”, en las que también se le permite al público a acceder a las obras, normalmente a breves fragmentos de ellas (muestras o *samplers*) para orientar la decisión del consumidor, y como se explica más adelante⁴³⁶, las transmisiones por Internet no sólo son actos de comunicación pública, sino también de reproducción.

La principal condicionante de esta norma, es que el único propósito del uso de las obras sea promocionar su adquisición. De ahí que resulte lógica la prohibición de cobrar por entrar al establecimiento, pues en esos casos el empresario no sólo estaría lucrando con la venta de ejemplares (distribución que tiene autorizada), sino también con la comunicación pública de las mismas, lo que ya requeriría otra autorización por esa modalidad de explotación⁴³⁷ y no estaría amparada por la presente restricción, ya que nos encontraríamos ante una finalidad lucrativa adicional a la mera venta de copias.

En otros países existe una modalidad a esta restricción, la cual ampara la comunicación pública de las obras con el fin de demostración y promoción de aparatos electrodomésticos para su venta en establecimientos mercantiles⁴³⁸.

8.2.9.- La grabación efímera.

La grabación efímera es una restricción muy común a lo largo del mundo, y respecto a la misma, la fr. II del a. 149 de la LFDA establece lo siguiente:

Artículo 149.- Podrán realizarse sin autorización:

(...)

II.- La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:

- a) La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se convenga;
- b) No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y
- c) La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional distinto al que corresponde por el uso de las obras.

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.

⁴³⁴ Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 151.

⁴³⁵ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴³⁶ *Vid.* el apartado 3.2.2 del capítulo quinto del presente trabajo.

⁴³⁷ Sobre la regla de independencia de las facultades y modalidades de explotación de las obras, *cfr. supra* el apartado 5.2.5 del capítulo segundo.

⁴³⁸ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

Dicha disposición inicia autorizando la realización de “grabaciones efímeras”, pero no define tales. Para conocer el alcance de dicha figura tenemos que recurrir al a. 142 de la LFDA, el cual nos dice:

Artículo 142.- Grabación efímera es la que realizan los organismos de radiodifusión, cuando por razones técnicas o de horario y para el efecto de una sola emisión posterior, tienen que grabar o fijar la imagen, el sonido o ambos anticipadamente en sus estudios, de selecciones musicales o partes de ellas, trabajos, conferencias o estudios científicos, obras literarias, dramáticas, coreográficas, dramático-musicales, programas completos y, en general, cualquier obra apta para ser difundida.

En igual sentido, el *Glosario de la OMPI* define a la grabación efímera en los siguientes términos:

Es la fijación auditiva o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada para un período transitorio por un organismo de radiodifusión utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión. Los reglamentos aplicables a esta clase de grabaciones deberán ser determinados por la legislación. Esta puede autorizar su conservación en archivos oficiales por motivos de su carácter documental extraordinario⁴³⁹.

La razón de ser de esta restricción es que los organismos de radiodifusión⁴⁴⁰, aunque tengan celebrados contratos de autorización para la comunicación pública de obras, en ciertos casos requieren hacer copias de las creaciones para radiodifundirlas (principalmente cuando la transmisión es diferida y no en vivo); de ahí que, con fines prácticos, se libere al organismo de radiodifusión de tener que pedir autorizaciones adicionales (y pagar las respectivas contraprestaciones⁴⁴¹) por las reproducciones que necesita hacer⁴⁴².

La grabación efímera ha sido recogida por el Convenio de Berna, aunque está plasmada sólo como una restricción optativa, no de *iure conventionis*. Además, la fórmula adoptada en ese acuerdo refleja el intenso debate entre autores y organismos de radiodifusión, de manera que tal tratado no da una solución concreta sino que, como indica Masouyé⁴⁴³, sólo traslada el problema a la legislación interna, teniendo cada país un amplio margen de maniobra para configurar tal restricción. De esta forma, la grabación efímera quedó plasmada de la siguiente manera en el a. 11 Bis.3 del Convenio de Berna:

⁴³⁹ *Op. cit.*, nota 59, p. 104.

⁴⁴⁰ El a. 139 de la LFDA nos proporciona la siguiente definición: “Para efectos de la presente Ley, se considera organismo de radiodifusión, la entidad concesionada o permitida capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores”.

⁴⁴¹ En este sentido, Lipszyc nos explica la regla general que es derogada por esta restricción: “El derecho de comunicación pública es distinto e independiente del derecho de reproducción, por lo que cada uno debe ser objeto de una autorización especial y da derecho a una remuneración diferente”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 236.

Mientras que Begoña Ribera indica que “la aplicación del principio de independencia de los derechos patrimoniales impone la exigencia de contar con dos autorizaciones que provengan del autor: una para emitir y otra para grabar”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 317.

⁴⁴² En general, sobre la finalidad de la grabación efímera, *cf.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 80; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 275 y 276; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 343 a 345; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, pp. 84 y 85; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 316 y 317; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 169; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 164.

⁴⁴³ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 85.

Artículo 11 Bis. (...)

(...)

3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo⁴⁴⁴ no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos e imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.

El requisito indispensable para que opere esta restricción a la facultad de reproducción es que el organismo de radiodifusión tenga previamente autorizada la comunicación pública de la obra, en su modalidad de radiodifusión⁴⁴⁵, de ahí que se considere que es una restricción a la facultad de reproducción que viene de la mano de una licencia de comunicación pública⁴⁴⁶.

Por su parte, la fr. II del a. 149 de la LFDA establece tres condiciones para la licitud de la grabación efímera. La primera de ellas es que la transmisión se realice dentro del plazo convenido. Esto ya nos plantea una serie de cuestionamientos y problemas, pues otra vez, para la plena operabilidad de una restricción, interviene la voluntad del titular del derecho restringido. De ahí que Loredó Hill critique que dicha disposición, no sólo no diga expresamente con quién debe convenirse el plazo, sino que se contradiga con el encabezado del a. 149 que establece que “podrán realizarse sin autorización”⁴⁴⁷. Y es que, en efecto, no se requiere autorización para realizar y usar la grabación efímera, pero sí es necesario pactar un plazo para hacer la respectiva transmisión, y si el titular del derecho se niega, simplemente, a acordar término alguno, no se cumpliría entonces uno de los requisitos de la fr. II del numeral citado, lo que implicaría que la grabación efímera sería ilícita. Esto va en contra de la naturaleza jurídica de las restricciones, en las que la voluntad del titular del derecho debe ser irrelevante⁴⁴⁸. Se aprecia que en este caso, quien tiene la decisión y el control sobre las grabaciones efímeras, es el titular del derecho.

Situación que también es advertida por Serrano Migallón, quien indica:

Esta limitación tiene elementos particulares que la hacen diferente de otros géneros de excepción al derecho patrimonial de autor. Por una parte requiere de un concurso de voluntades, en el que participan el usuario y el titular de los derechos patrimoniales, pues su transmisión está sujeta a los límites temporales que se pacten;⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Dicha disposición se refiere al derecho de controlar las radiodifusiones y otras transmisiones públicas.

⁴⁴⁵ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 102.

⁴⁴⁶ Como bien dice Ribera: “La realización de grabaciones de obras por parte de entidades radiodifusoras supone una derogación del derecho exclusivo de reproducción que está vinculada a la cesión del derecho de comunicación pública”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 316.

⁴⁴⁷ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 151.

⁴⁴⁸ *Cfr.* lo ya apuntado sobre el particular en el apartado 2 del presente capítulo.

⁴⁴⁹ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 169.

La segunda condición que establece la fr. II del a. 149 de la LFDA, es la no realización de comunicaciones concomitantes o simultáneas cuando se haga la grabación, es decir, que la grabación tenga como propósito transmisiones diferidas. La grabación de un programa en vivo o en directo, está sujeta a la respectiva autorización.

El tercer requisito para la licitud de la grabación efímera es que, con dicha grabación, únicamente se puede hacer una sola transmisión. Esto no es de sorprendernos, pues aunque existen legislaciones más flexibles, la tendencia mayoritaria es que sólo se conceda derecho para una sola transmisión⁴⁵⁰.

Llama la atención que ni el a. 149, ni el 142, establezcan expresamente la obligación de destruir las grabaciones, ni tampoco digan el plazo dentro del cual deben destruirse tales copias⁴⁵¹, como sucede en el grueso de la legislación comparada⁴⁵². De dicha omisión también adolece la legislación española (de marcada influencia en nuestra LFDA), lo cual ha sido criticado por contravenir el Convenio de Berna, en tanto no se prevé ni la destrucción de la copia, ni su depósito en archivos oficiales⁴⁵³.

En fin, el último párrafo de la fr. II del a. 149 de la LFDA determina que es inaplicable la restricción prevista en dicha fracción, si existe un convenio oneroso que autorice las transmisiones posteriores; lo cual no es muy claro, pues la grabación efímera abarca sólo la primera transmisión, no las posteriores; además que, el problema de la grabación efímera es respecto a la autorización para reproducir, no respecto a la autorización de comunicar públicamente.

8.2.10.- Acceso a la obra por parte de invidentes y sordomudos.

Las restricciones generales a los derechos de explotación no se agotan en la LFDA, sino que su reglamento adiciona otra más; concretamente en el a. 44 reglamentario vamos a encontrar el siguiente texto:

Artículo 44.- No constituye violación al derecho de autor la reproducción de obras completas o partes de una obra, fonograma, videograma, interpretación o ejecución o edición, siempre que se realice sin fines de lucro y con el objeto exclusivo de hacerla accesible a invidentes o sordomudos; la excepción prevista en este artículo comprende las traducciones o adaptaciones en lenguajes especiales destinados a comunicar las obras a dichas personas.

En primer lugar, cabe criticar la antijurídica técnica de utilizar el reglamento para añadir cuestiones no señaladas por la ley, y por ende, ampliar su contenido sin realizar el

⁴⁵⁰ Cfr. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 319.

⁴⁵¹ Como bien apunta Loredó, la ley habla de grabaciones *efímeras* –de corta duración–, y lo efímero se contrapone a lo permanente, por lo que el destino de esas copias es desaparecer. Cfr. Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 144.

Sobre la noción de “efímera”, cfr. en el mismo sentido, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 276; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 165.

⁴⁵² Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 80; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 354.

Masouyé indica que los plazos que se suelen establecer son de lo más variado, pues van desde el mes, tres meses, seis meses y hasta un año, contados a partir de la realización de la grabación. Cfr. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 85.

En igual sentido, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 165.

⁴⁵³ Vid. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 320; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 355.

trámite parlamentario previsto en la Constitución⁴⁵⁴. Es de explorado derecho que la facultad reglamentaria del presidente no puede usarse para adicionar la ley, por lo que el artículo citado, a pesar de su loable propósito, debe considerarse inconstitucional desde un punto de vista formal⁴⁵⁵.

En segundo lugar, la referida disposición reglamentaria va en contra de la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, pues, según esta, sólo el legislador puede limitar los derechos de autor.

Lo anterior nos demuestra un punto muy importante para la presente investigación, pues a pesar de la indudable necesidad⁴⁵⁶ y justificación de una restricción del derecho de explotación a favor de invidentes y sordos⁴⁵⁷, el legislador olvidó establecerla en el respectivo catálogo de la LFDA, y el ejecutivo, temerariamente, trató de corregir ese error, pero lo hizo en forma antijurídica. De conformidad con la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, en México no sería aceptable esa restricción a favor de invidentes y sordomudos, pues no fue plasmada expresamente en la ley en el respectivo catálogo limitativo.

A pesar de la fuerte justificación de esta restricción (basada en el derecho de acceso a la cultura de un sector vulnerable de la sociedad), la ortodoxia del derecho autoral impide tomar en cuenta restricciones no formuladas expresamente por el legislador. Es evidente la severa laguna que presenta esta doctrina clásica, y las *serias injusticias* (y violaciones a derechos fundamentales) que puede ocasionar. Como explicamos a detalle en el capítulo quinto de la presente obra, debemos buscar nuevos esquemas que sean más acordes con el cumplimiento de los derechos fundamentales y que no deje a la voluntad del legislador (y a

⁴⁵⁴ Vicio en el que constantemente incurre el Reglamento de la LFDA, al cual Caballero y Jalife han calificado de “joya legislativa”. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 327, p. XXVI.

⁴⁵⁵ Sobre el alcance de la facultad reglamentaria, *cfr.* la jurisprudencia del Pleno de la SCJN de rubro “FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1515.

Para los mismos efectos, *cfr.* de la Segunda Sala de ese tribunal constitucional las siguientes jurisprudencias: “FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. IX, abril de 1999, p. 70, y “FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. II, septiembre de 1995, p. 293; y de la Primera Sala, la jurisprudencia de rubro “FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 122.

⁴⁵⁶ “La Unión Mundial de Ciegos ha calculado que hay unos 180 millones de personas invidentes y con vista deficiente en el mundo. A pesar de que esta cifra incluye a muchos niños y jóvenes que necesitan acceder a la palabra escrita, por ejemplo, para estudiar, las personas de edad cuya vista ha empeorado al envejecer constituyen una proporción cada vez mayor del total. (...) Según las fuentes más citadas, la proporción de libros publicados que se encuentran disponibles en otros formatos utilizables por personas con discapacidades visuales no supera el 5%”. Sullivan, Judith, *op. cit.*, nota 47, p. 14.

⁴⁵⁷ Como bien afirma Cristina López, nos encontramos frente a “una de las genuinas manifestaciones de la función social de la propiedad intelectual”. López Sánchez, Cristina, “La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 244.

Por su parte, Ribera explica que esta restricción atiende a razones humanitarias. *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 249.

En el mismo sentido, Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

la coyuntura política) la formulación de todas y cada una de las restricciones al derecho de explotación.

Ahora bien, por lo que se refiere al alcance que, en sí misma, tiene la restricción del a. 44 del Reglamento de la LFDA, podemos apreciar que es una norma que busca facilitar el acceso a la cultura y a la información de individuos que tengan problemas visuales y auditivos.

En este sentido, para hacer accesibles diversas obras a *invidentes* se involucran diversas facultades del derecho de explotación. Por ejemplo, un caso paradigmático es la traducción a Braille⁴⁵⁸ de una obra literaria; toda vez que se trata de un acto de transformación, dado que se crea una obra derivada⁴⁵⁹ (de hecho, el a. 44 del reglamento habla de “traducción”), en principio no se podría hacer sin autorización del titular respectivo; aunque también se discute si, más bien, es una mera reproducción⁴⁶⁰. Desde luego, la restricción en glosa también comprendería otro tipo de lenguajes o técnicas que busquen comunicar las obras por medios no visuales (como los audiolibros)⁴⁶¹.

Cornish y Llewelyn explican que restricciones de este tipo parten del supuesto de que los libros en versión Braille nunca encontrarán un mercado para ser explotados comercialmente, y que lo mismo puede decirse de las grabaciones sonoras (audiolibros)⁴⁶². Si bien compartimos esa percepción por lo que hace al Braille, creemos que no es acertada en cuanto a los audiolibros, pues no es raro ver su comercialización en librerías, en otros establecimientos e, incluso, en la Internet; además, el a. 44 del reglamento tajantemente ordena que no deben existir fines de lucro, por lo que la explotación de una obra en forma de audiolibro requerirá autorización del titular del derecho de explotación (a lo que debemos añadir que los invidentes son sólo parte de los consumidores potenciales de audiolibros, pues los mismos también son adquiridos por personas sin afectaciones visuales).

En cuanto a los “*sordomudos*”⁴⁶³, es común que se les proporcione versiones escritas de obras sonoras y audiovisuales, además de que en muchos casos, este tipo de personas manejan lenguajes de signos⁴⁶⁴, lo que implica a las facultades de reproducción (por ejemplo, subtítulos en una película), comunicación pública (el lenguaje de signos se hace a

⁴⁵⁸ Es un sistema de escritura basada en una serie de puntos puestos en relieve en papel, en otros materiales o en ciertos aparatos especiales, que permiten 63 combinaciones que pueden representar letras, palabras, números, símbolos, signos de puntuación, etc. *Cfr.* Nilsson, Stina, *Copyright exceptions and limitations for the benefit of persons with disabilities – Access to cultural life and information*, Suecia, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Universidad de Lund, 2007, p. 37.

También *vid.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

⁴⁵⁹ Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 31” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 169; Nilsson, Stina, *op. cit.*, nota 458, pp. 38 a 40.

⁴⁶⁰ López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 457, pp. 262 y 263.

En este sentido, Ribera Blanes considera que en Braille la sintaxis es la misma, por lo que no hay una aportación personal en la conversión de una obra a este sistema, siendo una mera actividad mecánica. *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 250.

⁴⁶¹ López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 457, p. 243.

⁴⁶² Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480.

⁴⁶³ Desafortunada expresión del redactor del Reglamento de la LFDA, pues una persona con problemas auditivos (incluso al 100%) no necesariamente es mudo, y puede expresarse verbalmente como lo hacemos la mayoría de nosotros, gracias a diversas terapias.

⁴⁶⁴ Nilsson, Stina, *op. cit.*, nota 458, p. 37.

través de comunicación corporal, lo que califica como interpretación o ejecución pública) y transformación (por ejemplo, describir sonidos en los subtítulos de una película)⁴⁶⁵.

El problema es que el a. 44 sólo habla de “reproducción” y luego de “traducciones o adaptaciones”, lo que sólo afecta las facultades de reproducción y transformación, dejando intocadas las de distribución y comunicación pública (si interpretamos la norma a la luz de la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación). Esto dejaría fuera al lenguaje de signos al que nos hemos referido.

Así, se puede apreciar que la restricción en estudio no sólo tiene deficiencias jurídicas de carácter orgánico, sino también materiales, en tanto no cubre todos los supuestos necesarios para un adecuado acceso a las obras por parte de sordos e invidentes. Incluso, podría cuestionarse que se haya dejado de lado a personas con otro tipo de discapacidades, como aquellas con problemas motores, que en muchos casos no pueden manejar libros y necesitan otro tipo de ediciones⁴⁶⁶. De nueva cuenta, se observa lo insuficiente de la doctrina clásica de las restricciones, y su impacto en materia de derechos fundamentales.

8.2.11.- Restricciones particulares en materia de programas de cómputo.

Además de las restricciones generales aplicables a todo tipo de obra, la LFDA contempla algunas restricciones particulares aplicables sólo a los programas de computación o *software*, como se desprende de su a. 105:

Artículo 105.- El usuario legítimo de un programa de computación podrá realizar el número de copias que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor, o una sola copia de dicho programa siempre y cuando:

- I.- Sea indispensable para la utilización del programa, o
- II.- Sea destinada exclusivamente como resguardo para sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta no pueda utilizarse por daño o pérdida. La copia de respaldo deberá ser destruida cuando cese el derecho del usuario para utilizar el programa de computación.

La primera pregunta que nos plantea esta disposición es su relación con el a. 148 de la LFDA, es decir, si a los programas de cómputo sólo le resultan aplicables las restricciones del a. 105 o si, además, también están sujetos a las previstas por el a. 148.

Si bien hay un fuerte argumento de especialidad a favor de la primera opción, nos convence más la segunda. Esto debido que el a. 105 no utiliza ninguna expresión restrictiva (como “exclusivamente”, “sólo”, “únicamente”, etc.), lo que nos permite colegir que si la ley prevé otras restricciones al derecho de explotación, también les serán aplicables a los programas de computación. También cuenta que las restricciones del a. 105 solamente operan a favor del “usuario legítimo” y no *erga omnes* como las restricciones del a. 148, lo que nos demuestra que ambas disposiciones persiguen fines diferentes, aunque ambas contengan restricciones al derecho de explotación. Además, el a. 148 de la LFDA es omnicompreensivo, ya que habla en general de las “obras literarias y artísticas”, concepto dentro del cual se encuentran los programas de cómputo; de donde se concluye que tales restricciones aplican a todo tipo de obras, sin que exista exclusión del *software*.

⁴⁶⁵ Por todos, *vid. ibidem*, pp. 39 y 40.

⁴⁶⁶ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 249.

Así las cosas, los programas de cómputo pueden ser objeto de las utilidades lícitas previstas en el a. 148 de la ley autoral, por ejemplo, si un académico transcribe una parte de un código fuente en un libro de texto de programación a título de cita, o, incluso, la realización de copias privadas (aunque este es tema más polémico).

Dicho lo anterior, procedamos a estudiar las restricciones del a. 105 de la LFDA. Como se adelantó, tal disposición establece, de entrada, un requisito subjetivo, ya que sólo se puede beneficiar de ella el “usuario legítimo”. Ni la LFDA, ni su reglamento nos definen qué debe entenderse por “usuario legítimo”. Se trata de una expresión aparentemente copiada de la legislación autoral española, misma que de por sí plantea algunos problemas interpretativos. Veamos.

El a. 100.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual hispana utilizó la expresión “usuario legítimo” al transponer la Directiva sobre Programas de Ordenador de la Unión Europea, la cual usa, en términos un poco más precisos, la expresión “adquirente legítimo”. Esta amplitud en el término utilizado en la ley española, ha llevado a interpretar que el “usuario legítimo” es, desde luego, el licenciatario de un programa de computación, el adquirente o comprador de una copia de ese *software* e, incluso, personas que sin ser licenciarios o adquirentes de una copia, tienen acceso al programa a través de uno de estos, como por ejemplo, quienes hagan mantenimiento de los equipos, los familiares o los amigos⁴⁶⁷.

Empero, en el contexto mexicano, el alcance de la expresión “usuario legítimo” habrá de desprenderse del propio a. 105 y, en su caso, de otras normas de la LFDA. En este sentido, el primer párrafo del artículo citado nos dice que el usuario legítimo podrá realizar el número de copias del *software* “que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor”, lo que implica que se está vinculando la calidad de usuario legítimo a la de licenciario (persona que celebró un contrato en donde se le transmitió, en exclusiva o no, el derecho de usar temporalmente un programa de cómputo⁴⁶⁸); lo que se confirma con la fr. II *in fine* del mismo artículo, que habla del “derecho del usuario para utilizar el programa”. Así las cosas, todo apunta a que, en derecho mexicano, el usuario legítimo de un programa de cómputo es su *licenciario*.

Ahora bien, el a. 105 establece dos restricciones del derecho de explotación sobre un programa de cómputo a favor del usuario legítimo: la realización de una sola copia que sea indispensable para el uso del programa, y la copia de respaldo. En ambos casos nos encontramos frente a una restricción a la facultad de *reproducción*. En este sentido, es criticable (que no inexplicable) que la LFDA no contenga restricciones a la facultad de *transformación*, pues son de las más usuales y necesarias en materia de *software*.

Efectivamente, una de las restricciones más comunes es aquella que tiene que ver con la *decompilación* o *descompilación* de los programas de cómputo, la cual afecta la facultad de transformación. Expliquemos esto.

Como bien enseña Leaffer, cuando queremos saber cómo funciona un programa de computación tenemos tres opciones: leer acerca de ese programa, observar cómo funciona el programa ejecutándolo o leer el programa en sí. El último método es el más completo y preciso para lograr ese fin, sin embargo, los programas de computación suelen

⁴⁶⁷ Delgado Echeverría, Antonio, “Comentario al artículo 100” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 1493 y 1494.

⁴⁶⁸ Sobre el sistema contractual mexicano, *cf. supra.* el apartado 5.2.5 del capítulo segundo de la presente investigación.

comercializarse en *código objeto* (es decir, en lenguaje binario, mediante una combinación de unos y ceros) el cual es incomprensible para los seres humanos. Por lo tanto, es necesario realizar un procedimiento de ingeniería inversa llamado “decompilación” o “desensamblaje”, el cual consiste *traducir* el código objeto del programa a un *código fuente*, el cual sí puede ser leído por un experto en programación y analizarlo para ver cómo funciona el *software*⁴⁶⁹.

Por tanto, en principio, pudiera pensarse que decompilar un programa de cómputo sin autorización, violaría la facultad de transformación en su modalidad de traducción (y normalmente también la facultad de reproducción, pues en el proceso se suelen hacer copias del programa). No obstante, bajo el criterio de que los derechos de autor no protegen las ideas ni los principios implícitos de un programa de cómputo, existe cierto consenso en que la decompilación de un programa debe estar permitida por ley, incluso en contra de la voluntad del titular del derecho de explotación sobre el *software*. En este sentido, la Directiva sobre Programas de Ordenador de la Unión Europea, contiene una restricción que permite en términos generales la ingeniería inversa (a. 5.3⁴⁷⁰) y otra que permite, bajo ciertas condiciones, la descompilación con fines de interoperabilidad (a. 6⁴⁷¹). En EUA los tribunales han considerado que la decompilación es un *fair use*, y por tanto, puede hacerse sin permiso del titular del *copyright*, como se señaló en los casos *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am.* de 1992 y *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.* de 1993. En particular, y comentando el caso *Sega*, Leaffer explica que el respectivo tribunal comprendió las características propias de los programas de cómputo y evitó que tales creaciones obtuvieran una protección semejante a la que otorgaría una patente, lo que iría en contra de la premisa en materia autoral de que las ideas, procedimientos y métodos de operación no se protegen y están en el dominio público; así, los tribunales estadounidenses permiten el acceso efectivo a las ideas subyacentes del programa de cómputo, evitando que la tutela del *copyright* se extienda a cuestiones no protegidas por la ley⁴⁷².

⁴⁶⁹ Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, Nueva York, 3a. ed., Matthew Bender, 1999, p. 450.

En este sentido, Rodríguez Tapia explica que “el código o programa objeto está escrito en lenguaje máquina, lenguaje binario de ceros y unos, ininteligible a simple vista. El código fuente está escrito en lenguaje humano y consta de numerosas páginas que describen todas las rutinas y algoritmos contenidos en el programa, muestra cómo funciona el programa”, de manera que para “acceder a las ideas contenidas en el programa escrito en Código objeto, un programador debe traducirlo al código fuente”. Rodríguez Tapia, José Miguel, “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 212.

Cfr. también, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 478; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 298.

⁴⁷⁰ “El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa, que tiene derecho a hacer”.

⁴⁷¹ “1. No se exigirá la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma en el sentido de las letras a) y b) del artículo 4 sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:”.

⁴⁷² Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 452.

Asimismo, cfr. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 67 y 68; y Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 469, p. 212.

Sobre el alcance de la protección de los derechos de autor en materia de programas de computación, vid. García Moreno, Víctor Carlos, “El soporte lógico y el derecho de autor internacional”, *Jurídica. Anuario*

Sin embargo, nuestra LFDA no sólo omite establecer una restricción relativa a la decompilación y otras formas de ingeniería inversa en su a. 105, sino que, además, expresamente sujeta esos actos al control (y por ende, autorización) del titular del derecho de explotación, como se puede apreciar en su a. 106, fr. IV:

Artículo 106.- El derecho patrimonial sobre un programa de computación comprende la facultad de autorizar o prohibir:

I.- La reproducción permanente o provisional del programa en todo o en parte, por cualquier medio y forma;

II.- La traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra modificación de un programa y la reproducción del programa resultante;

III.- Cualquier forma de distribución del programa o de una copia del mismo, incluido el alquiler, y

IV.- La decompilación, los procesos para revertir la ingeniería de un programa de computación y el desensamblaje⁴⁷³.

Se puede advertir que el cabildeo de la poderosa industria del *software* fue más fructífero en México que en otros lares, lo que implica un mayor control sobre la utilización de los programas de cómputo en nuestro país. Y es que el interés en proteger, a toda costa, el código fuente, no es menor, ya que lo más valioso de todo *software* es su algoritmo, el cual no está protegido por derechos de autor⁴⁷⁴ y es fácilmente apreciable en el código fuente.

Así, el a. 105 de la LFDA nos lleva a serios cuestionamientos por no incluir restricciones a la facultad de transformación (como la ya mencionada decompilación, la corrección de errores, etc.); a no ser que nos alejemos de la doctrina clásica de las restricciones (y de la máxima de interpretación restrictiva), para poder concluir que la mencionada disposición de la ley autoral también aplica a algunos casos de transformación.

En otro orden de ideas, la restricción planteada en la fr. I del a. 105 de la LFDA permite al licenciataria a hacer una copia del *software*, sin autorización y sin remuneración adicional, siempre que sea necesaria para la utilización del programa. El propósito de la norma es evidente: si los programas de cómputo son obras cuyo fin es, esencialmente, utilitario (el funcionamiento y ejecución de tareas de un aparato)⁴⁷⁵, es lícito hacer las copias necesarias para lograr ese fin, ese funcionamiento. En particular, y como

del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, UIA, núm. 16, 1984, p. 487; y Guibault, Lucie M.C.R., op. cit., nota 20, p. 65.

⁴⁷³ Inclusive, de la lectura de las fr. II y IV citadas, se puede observar que la facultad de transformación es más amplia y tiene un mayor alcance en materia de programas de computación, pues se está prohibiendo la *mera realización* de la obra derivada, mientras que en el resto de obras protegidas por la LFDA la facultad de transformación únicamente impide la *difusión* de la obra derivada, más no su creación misma, como se puede apreciar en los aa. 27 (fr. VI) y 78 de nuestra ley autoral.

En este tenor, resulta interesante el plantamiento del profesor Rodríguez Tapia, en el sentido de que una facultad de transformación tan amplia como la señalada, puede encontrar problemas de carácter constitucional, pues resulta “que la mera transformación de un programa pueda ser ilícita, coartando la libertad de investigación informática”, lo cual es algo hartamente cuestionable. *Cfr.* Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 469, p. 210.

⁴⁷⁴ *Cfr.* la fr. I del a. 14 de la LFDA, y *supra* el apartado 3.5 del capítulo segundo.

⁴⁷⁵ Como bien dice Rodríguez Tapia: “el programa de ordenador, aun más que la base de datos, es una obra utilitaria es una obra instrumental”. Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 469, p. 213.

En igual sentido, *vid.* Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 289, p. 56.

acertadamente explica Paul Goldstein⁴⁷⁶, esta restricción aplica cuando, al ejecutar y usar el programa en una computadora, se genera una copia en la memoria RAM, la cual se borra cuando se apaga el aparato. Quizás lo cuestionable aquí sea que el número de copias quede limitado sólo a uno⁴⁷⁷.

La fr. II del mismo artículo contempla de figura de la copia de respaldo, *back-up copy* o copia de seguridad, la cual es muy común en la legislación comparada. No es raro que la copia en donde tengamos un programa de computación se pierda, se dañe o que simplemente se borre la información que contiene; ante esos riesgos, todo usuario legítimo de un *software* tiene derecho a hacer copias de respaldo que sirvan para poder seguir utilizando el programa ante el siniestro sufrido por la primera copia⁴⁷⁸. Esto nos es ilustrado con claridad por Delgado Echeverría:

En efecto, la copia de seguridad tiene como finalidad precaverse el usuario frente a eventuales fallos de la copia de que legítimamente se sirve. Cuando ésta falla, puede utilizar la copia de seguridad que, hasta entonces, ha tenido guardada. Por ello, en términos rigurosos nunca la copia de seguridad resulta necesaria para la utilización del programa, salvo en el sentido de que es necesaria para no verse en el caso de no poder seguir utilizándolo si la “primera copia” falla⁴⁷⁹.

La fr. II en glosa impone el requisito de la destrucción de la copia de respaldo una vez que haya cesado el derecho de usar el *software*, es decir, cuando por cualquier razón concluye la licencia (vencimiento del plazo, rescisión, etc.). Esto en virtud de que el usuario ya no está facultado para continuar en el uso, y por eso, no es necesaria la existencia de una copia destinada a asegurar ese uso en caso de una eventualidad; además del riesgo que en sí mismo implicaría la copia de respaldo para hacer usos no autorizados o para introducirse al mercado pirata.

Con esto concluimos el estudio de las restricciones al derecho de explotación previstas expresamente en el derecho autoral mexicano, y pasaremos a la revisión de otras restricciones comunes en el ámbito comparado. Esto nos servirá para ver qué tan completa es nuestra ley.

8.3.- Algunas restricciones ausentes en la LFDA, pero comunes en otros países con sistemas cerrados.

El catálogo de restricciones al derecho de explotación previsto en nuestra LFDA no es completo ni exhaustivo. De hecho, la ley mexicana deja de lado excepciones relativamente comunes en otros países, e incluso, algunas de gran trascendencia, como es el caso de la parodia.

⁴⁷⁶ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 305.

⁴⁷⁷ Por ejemplo, el fijar o incorporar el programa en el disco duro de una computadora, lo que implica hacer otra copia (previa) a las copias temporales en memoria RAM. Si bien esas fijaciones normalmente vienen autorizadas expresamente en el texto de la licencia, debieran estar permitidas por ley y no dejarlo a la voluntad de las partes, máxime cuando se trata de reproducciones necesarias para el mero funcionamiento del programa.

⁴⁷⁸ Por tal motivo, Ficsor indica que esta restricción cumple claramente con la regla de los tres pasos. *Cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 478.

⁴⁷⁹ Delgado Echeverría, Antonio, *op. cit.*, nota 467, p. 1495.

Asimismo, *cfr.* Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 289, pp. 103 y 104; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 229; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 103.

En el presente apartado mencionaremos algunos ejemplos de restricciones comunes en otros países, cuyos ordenamientos autorales fueron planteados en términos de un sistema cerrado. Con esto demostraremos lo incompleto que es el catálogo de restricciones de nuestra LFDA (lo cual, como veremos más adelante, tiene un impacto negativo en materia de derechos fundamentales).

8.3.1.- La parodia.

La parodia es una de las restricciones más comunes en el ámbito comparado⁴⁸⁰, particularmente en países con alta dosis de ingenio y picaresca.

Desde un punto de vista lingüístico, la parodia es definida escuetamente por el *Diccionario de la lengua española* como: “Imitación burlesca”⁴⁸¹. En este sentido, tales burlas pueden estar dirigidas hacia obras (por ejemplo, parodiar una canción o una película) o hacia personas (imitar a un deportista o a un político). Para la presente investigación, nos interesa principalmente la parodia de obras, pues es la que entra en el dominio del derecho de autor, mientras que la parodia de personas encaja, más bien, en la regulación de los derechos de la personalidad (principalmente el derecho al honor y el derecho a la propia imagen).

Como bien indica Satanowsky, las parodias “desfiguran o satirizan pública y conscientemente una obra con la intención de provocar un efecto cómico”⁴⁸².

Aunque con orígenes en el mundo literario, en la actualidad la parodia aplica a todo tipo de obras. De hecho, en Francia, originalmente se “reservó la expresión parodia para el campo musical, dejando el pastiche a la literatura y la de caricatura al arte, aunque después la jurisprudencia matizó los términos ampliando sus posibilidades a otros campos”⁴⁸³. En la actualidad, toda clase de imitación burlesca puede englobarse bajo el amplio término de “parodia”.

Ahora bien, no cualquier tipo de parodias resultan trascendentes para el mundo de los derechos de autor. Por ejemplo, las parodias de obras del dominio público no presentan mayores problemas, como tampoco los generan las parodias que no toman elementos creativos concretos de obras preexistentes (elementos originales), sino sólo las ideas, el tono, el ambiente, los convencionalismos, el estilo, etc⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300.

⁴⁸¹ *Op. cit.*, nota 79, p. 1684.

⁴⁸² Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 429.

En el mismo sentido, *cfr.* Guibault, Lucie, “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2003, p. 9.

⁴⁸³ Espín Alba, Isabel, “La parodia de obras divulgadas” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 281.

Vid., asimismo, Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 482, p. 9.

⁴⁸⁴ Un ejemplo de este tipo de parodia es la película *Fearless vampire killers (or pardon me, but your teeth are in my neck)* de Roman Polanski (conocida en español como la *Danza de los vampiros*), en la que se parodia a las películas de vampiros de la casa productora *Hammer Films*, mofándose de su temática, decorados, reparto y personajes, pero nunca aludiendo a una obra en concreto.

Para más detalles, *vid.* Erreguerena Albitero, María José, *El mito del vampiro. Especificidad, origen y evolución en el cine*, México, Plaza y Valdés / UAM-Xochimilco, 2002, pp. 87 a 92.

En cambio, hay parodias que sí toman aspectos originales de obras preexistentes, constituyendo verdaderas *obras derivadas*. Y estas parodias son las que ahora nos interesan, pues al tratarse de obras derivadas, generan derechos de autor para su creador, pero su difusión estaría, en principio, sujeta a la autorización del titular de la facultad de transformación sobre la obra preexistente.

Sin embargo, muchos países extraen la parodia del ámbito decisorio del titular de la facultad de transformación sobre la obra preexistente, con el propósito de que la parodia se pueda difundir sin autorización, constituyendo así una restricción a esa facultad del derecho de explotación⁴⁸⁵.

La razón tradicional por la que se concede esa libertad para parodiar, radica en que la parodia es vista como un instrumento de crítica y libertad de expresión, por virtud del cual se establece un juicio sobre la obra parodiada. En tal contexto, lo común es que el autor no quiera dar licencias para que se critique su obra, y menos en forma burlesca. Así, para que los derechos del autor sobre la obra parodiada no constituyan un obstáculo para criticar esa obra, la difusión de parodias suele permitirse sin necesidad de obtener licencia del titular del derecho sobre la obra parodiada, restringiéndose de esta manera la facultad de transformación⁴⁸⁶.

En esta tónica, hay que apuntar que las parodias de obras pueden clasificarse en dos tipos: 1) la *target parody*, que critica a la obra parodiada y a su autor; y 2) la *weapon parody* o parodia medio, que utiliza la obra parodiada para criticar cuestiones ajenas a dicha obra o a su autor⁴⁸⁷. El problema que presenta este segundo tipo de parodias, es que ya no encuentra acomodo en la justificación clásica en la parodia como restricción al derecho de explotación, en tanto se suele considerar que “la parodia debe dirigirse a una obra divulgada y a su autor, y no a elementos exógenos a la misma”⁴⁸⁸.

Empero, las parodias más utilizadas en los medios de comunicación son estas *weapon parodies* o parodias medio; e, incluso, son las que más litigios ocasionan en tribunales. De hecho, contrario a la ortodoxia en materia de restricciones a los derechos de explotación

⁴⁸⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en el a. 5.3.k de la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea, mismo que faculta a los estados miembros de esa comunidad para establecer una restricción a los derechos de explotación “cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche”.

Vid. también *supra* la nota al pie 480 del presente capítulo.

⁴⁸⁶ Sobre esta justificación “clásica”, *cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 28; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 81; y Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 114.

En este sentido, explica Espín Alba: “Es lugar común presentar el fundamento de la excepción de la parodia en la libertad de expresión y de crítica, ya que exigir el consentimiento del autor para transformar su obra en parodia sería una traba para la libertad de expresión casi insalvable, pues la inmensa mayoría de los autores se negaría a someter voluntariamente su creación al escarnio público”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, p. 278.

Por su parte, Rodríguez Tapia nos refiere: “Históricamente la parodia se admitía como un recurso del débil contra el poderoso, como único mecanismo de protesta o de subversión tolerable. La historia de la literatura está llena de tensiones entre parodia (del poderoso) y censura, política, religiosa y económica, hoy en día la más frecuente”. Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 32” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 193.

⁴⁸⁷ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, p. 285.

⁴⁸⁸ *Idem.*

(máxima de interpretación restrictiva), los tribunales suelen reconocer la licitud de estas parodias medio⁴⁸⁹.

En otro orden de ideas, si bien son muchos los países que contemplan la parodia como una restricción al derecho de explotación, su tratamiento jurídico y requisitos de aplicación son muy diversos. Aunque, como bien afirma Rodríguez Tapia, la licitud de la parodia está condicionada a “los límites del uso proporcionado y leal”⁴⁹⁰. Por ejemplo, leyes como la ecuatoriana⁴⁹¹ o la española⁴⁹² exigen que no exista riesgo de confusión entre la parodia y la obra parodiada⁴⁹³ y, además, que no se cause daño a la obra original o a su autor⁴⁹⁴.

En otros lugares los requisitos de licitud de la parodia son más laxos y premeditadamente abiertos, como sucede en Francia⁴⁹⁵ (en donde se sujeta la licitud de la parodia a las “leyes del género”, es decir, al uso social) o en Bélgica⁴⁹⁶ (que establece como requisito las “prácticas justas”)

En otros países, como Nicaragua, se permite lisa y llanamente la realización de parodias en forma no autorizada, sin establecer ningún requisito particular⁴⁹⁷.

Caso interesante es el de Perú, en donde la parodia no es contemplada como una restricción simple, sino como una restricción acompañada de un derecho de simple remuneración. En efecto, el a. 49 de su Ley sobre el Derecho de Autor, además de imponer como requisitos de la parodia, la ausencia de riesgo de confusión y la no causación de daño, también señala que por esa utilización de la obra primigenia corresponde una remuneración.

En cambio, hay países (como México), cuya legislación no contempla a la parodia como una restricción al derecho de explotación, en donde se tendrá que pedir permiso al titular de la facultad de transformación, según la doctrina clásica de las restricciones⁴⁹⁸. En este sentido, indica Antequera Parilli lo siguiente:

⁴⁸⁹ Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 298 y ss; Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 482, p. 9; y Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, pp. 285 y 286.

⁴⁹⁰ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 486, p. 193.

⁴⁹¹ A. 83.j de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁹² A. 39 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁹³ Esto se hace con el propósito de que no se generen prácticas parasitarias y competencia desleal entre las obras, pues al público le deben quedar claros los dos discursos creativos: el primigenio y el derivado (siendo este último una imitación burlesca del primero). *Cfr.* Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, p. 288; y Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 482, p. 9.

⁴⁹⁴ Aquí, desde luego, se comprenden daños de tipo económico, principalmente por invasión de mercado y competencia que la parodia podría hacerle a la obra primigenia. *Vid.* Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, p. 292.

Más problemático es lo relativo al daño a la obra, pues la parodia implica una transformación, no una reproducción, en donde se agregan elementos cómicos y de burla para producir el efecto deseado, por lo que habitualmente se produce un daño a la obra parodiada (una mofa hacia esa obra y/o a su autor). Por ejemplo, Silvia Díaz Alabart (“Comentario al artículo 39” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo [coord.], *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, p. 683), dice que tal daño se produce “cuando la parodia peque de excesiva”; cuestión que nos parece sumamente difícil de medir.

⁴⁹⁵ A. L-122.5.4 del Código de la Propiedad Intelectual.

⁴⁹⁶ A. 22.1.6 de la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

⁴⁹⁷ A. 37 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

⁴⁹⁸ *Cfr.* en este sentido, Ortega González, Salvador, “La parodia en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 19, 2005, p. 25.

Pero en las legislaciones donde no existe una disposición expresa al respecto, rige el principio general por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no las modificaciones de su obra, lo que implica, salvo pacto expreso en contrario, el pago de una remuneración⁴⁹⁹.

Consideramos que la parodia es una restricción al derecho de explotación que debe consagrarse expresamente en el texto de la LFDA, e incluso, como demostramos en el siguiente capítulo (apartado 6.2), está iusfundamentalmente exigida.

8.3.2.- *Uso de obras musicales en ceremonias religiosas o por organismos del Estado.*

Otra restricción común en varios países es la comunicación pública de obras musicales en el transcurso de ceremonias religiosas o las realice un organismo del Estado (por ejemplo, en eventos oficiales, eventos donde toque una banda militar, etc.), sin necesidad de tener permiso el titular del derecho de explotación sobre esa obra⁵⁰⁰.

Se suele justificar esta restricción con base a un interés social de que no existan trabas para la realización de eventos o ceremonias de alta trascendencia para la vida cívica o religiosa de la sociedad.

La regulación de esta restricción encuentra dos modalidades en la legislación comparada, a saber: *a)* por un lado, los países que establecen tal restricción acompañada de un derecho de remuneración (licencia legal) como es el caso de Alemania⁵⁰¹; y *b)* por otro lado, los países que hacen gratuita tal utilización de obras, como pasa con Argentina⁵⁰², Ecuador⁵⁰³, España⁵⁰⁴, Italia⁵⁰⁵, Paraguay⁵⁰⁶, y Perú⁵⁰⁷.

En los casos de la segunda modalidad se ha criticado que el uso sea gratuito, pues un gran número de obras tienen como principal finalidad ser comunicadas públicamente en ceremonias religiosas o actos oficiales, como es el caso de himnos, cantos religiosos, marchas militares, etc., y los intereses de sus autores serían afectados substancialmente⁵⁰⁸.

Finalmente, cabe decir que, si bien es cierto que la LFDA no contempla una restricción de este tipo, sí establece un régimen particular para el himno nacional, en tanto su a. 156 remite a la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales para regular su uso, mientras que el a. 155 de la ley autoral señala que corresponde al Estado los “derechos morales” sobre el himno⁵⁰⁹. De igual forma, la fr. IV del a. 16 de la LFDA dice

⁴⁹⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 286, p. 126.

⁵⁰⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 238; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 289, p. 734; De Román Pérez, Raquel, “La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales y religiosos” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, pp. 157 y ss; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 320, p. 416.

Vid. también Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 289, p. 36.

⁵⁰¹ A. 52.1 de su *Urheberrechtsgesetz*.

⁵⁰² A. 36 de la Ley 11.723.

⁵⁰³ A. 83.b de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁵⁰⁴ A. 38 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁵⁰⁵ A. 71 de su legislación sobre *diritto d'autore*.

⁵⁰⁶ A. 38.1 de la Ley 1.328/98 de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

⁵⁰⁷ A. 41.b de la Ley sobre el Derecho de Autor.

⁵⁰⁸ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 51 y 52.

⁵⁰⁹ Esta es una forma poco técnica de indicar que la integridad de esa obra musical será defendida por el Estado y no por sus autores.

que no se considera pública una ejecución de una obra, si esta se realiza sin fines de lucro en una institución de asistencia pública o privada⁵¹⁰.

8.3.3.- Licencias legales para radiodifusión y para transmisión por cable de obras radiodifundidas.

Con base en el a. 11 Bis.2 del Convenio de Berna⁵¹¹, varios países establecen dos tipos de restricciones acompañadas de un derecho de remuneración. Veamos.

El primer tipo de restricción, consiste en la libertad de radiodifundir sin autorización obras (normalmente musicales) a cambio de una remuneración a favor del autor⁵¹², como sucede con los Países Bajos⁵¹³. Con esto, las estaciones de radio son libres de transmitir obras sin tener que pedir permisos contractuales, debiendo sólo liquidar las remuneraciones correspondientes, facilitándose así sus funciones⁵¹⁴.

Curiosamente, en México tenemos una restricción similar a la indicada en el párrafo anterior, pero no aplica en materia de derechos de autor⁵¹⁵, sino sólo en materia de derechos conexos de productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes, como se aprecia en el a. 133 de la LFDA:

Artículo 133.- Una vez que un fonograma haya sido introducido legalmente a cualquier circuito comercial, ni los artistas intérpretes o ejecutantes, ni los productores de fonogramas podrán oponerse a su comunicación directa al público, siempre y cuando los usuarios que lo utilicen con fines de lucro efectúen el pago correspondiente a aquéllos. A falta de acuerdo entre las partes, el pago de sus derechos se efectuará por partes iguales⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Amén de la criticable técnica y concepción del legislador, no estamos frente a una restricción al derecho de explotación propiamente dicha, pues no se está mermando o interviniendo la facultad de comunicación pública, pues se trata de cuestiones que, a decir del legislador, *ab initio* nunca estuvieron protegidas por esa facultad (por no constituir ni siquiera actos de comunicación pública, según la concepción plasmada en la ley).

⁵¹¹ Como bien explica Ficsor, dicha disposición nació para equilibrar dos tendencias opuestas entre diversos países: por un lado, la tendencia que quería que la radiodifusión estuviera controlada con un estricto derecho de explotación, y, por otro lado, la tendencia que veía en esa forma de comunicación varios intereses culturales y sociales que requieren la intervención de autoridades. *Vid.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 273 y 274.

⁵¹² *Cfr.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 245 y 246; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 166.

⁵¹³ A. 17.a de su ley autoral.

⁵¹⁴ De conformidad con Masouyé, la adopción de esta clase de licencias legales “tiene carácter excepcional y sólo se produce cuando surgen dificultades insuperables, por ejemplo, cuando los acuerdos colectivos entre organismos de radiodifusión y los representantes de los autores no logran condiciones razonables para la utilización de las obras”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 83.

⁵¹⁵ Por tal razón, no la incluimos en el listado que hicimos de las restricciones al derecho de explotación.

⁵¹⁶ Sobre tal restricción, Serrano Migallón indica: “Esta limitación tiene como fundamento el hecho de que adquirentes de copias lícitas en el circuito comercial no pueden sujetar sus propias operaciones mercantiles y actos jurídicos a la voluntad de un tercero. Al tratarse de derechos conexos, que tienen su origen en una obra del ingenio protegida por el derecho de autor, y sin la cual no podría tener sentido, el tratamiento que tienen es de productos de cierta industria, con características peculiares, pero no de obras”. Serrano Migallón, Fernando, *Marco jurídico del derecho de autor en México*, México, 2a. ed., Porrúa / FD-UNAM, 2008, p. 80.

Si bien el requisito legal de que la comunicación pública sea “directa al público” pondría en duda que esta restricción se aplique a la radiodifusión (por ser comunicación remota, no *in situ*), el a. 12, fr. II, del Reglamento de la LFDA incluye dentro de ese concepto la comunicación pública mediante radiodifusión. Lo que sí resulta evidente, es que esta restricción sólo afecta derechos conexos, pero no derechos de autor (que son la materia de la presente investigación).

Por otro lado, el segundo tipo de restricción consiste en una licencia legal por la que empresas dedicadas a la transmisión de señales por cable, puedan por esa vía comunicar obras radiodifundidas por otra entidad, sin necesidad de pedir autorización pero pagando una remuneración por tal uso⁵¹⁷. La justificación que se suele dar a estas licencias, se refiere a los casos en que la recepción de señales en alguna zona geográfica es pobre y se necesitan retransmisiones por cable para que la señal llegue a los hogares⁵¹⁸.

No debe confundirse a esta clase de licencias legales con la figura que en derecho de las telecomunicaciones se llama “*must carry*”, por virtud de la cual se impone a las empresas de televisión por cable la obligación de retransmitir las señales de televisión abierta (sobre todo, de estaciones locales) para lograr un pluralismo informativo⁵¹⁹.

Entre los países que contemplan una licencia legal para la retransmisión por cable están Austria⁵²⁰, y hasta los EUA⁵²¹ y el Reino Unido⁵²².

Respecto de las licencias legales de este tipo, Colombet señala que puede tratarse de signos premonitorios de la decadencia del derecho exclusivo⁵²³ (derecho de explotación).

8.3.4.- *Uso incidental de obras.*

Cuando un autor está creando una obra, principalmente de carácter visual, es común que en forma incidental pueda llegar a captar obras ajenas que se incluyen en la obra propia. Desde luego, la utilización de esas obras ajenas no es algo buscado por el creador de la nueva obra, de ahí que tales usos tengan un carácter marcadamente accesorio⁵²⁴.

⁵¹⁷ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 318; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 246 y 247.

⁵¹⁸ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 479.

En general, para una postura en contra de este tipo de licencias obligatorias, *cf.* Delgado Porras, Antonio, “Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, pp. 126 y 127.

⁵¹⁹ *Cfr.* Warner, R. Matthew, “Reassessing *Turner* and litigating the must-carry law beyond a facial challenge”, *Federal communications law journal*, vol. 60, núm. 2, marzo 2008, pp. 371 y ss.

Para una mayor comprensión de esta figura, resulta ilustrativo y paradigmático el fallo del caso *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission* dictado por la Suprema Corte de EUA en 1994.

⁵²⁰ A. 17 de su ley de derechos de autor.

⁵²¹ A. 111 de la *Copyright Act*.

⁵²² A. 73.3.b de su *Copyright, Designs and Patents Act*.

⁵²³ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90.

⁵²⁴ Sobre el particular, profundiza Pamela Samuelson: “Photographers, filmmakers, and videographers sometimes incidentally capture copyrighted material in the course of preparing a new work. A magazine might, for example, publish a photograph of someone’s home that displays in the background a poster or stuffed animal. A news cameraman might film a local festival for the evening news and incidentally capture part of a performance of a song. A young mother might make a videotape to show her young child dancing and might post it on YouTube so that remotely located members of her family can see the video”. Samuelson,

Un caso muy común de uso incidental de obras se da en el periodismo, cuando al estar reportando algún acontecimiento, se cuela una obra ajena⁵²⁵. De ahí que el a. 10 Bis.2 del Convenio de Berna contemple esta clase de usos incidentales dentro de los casos de “informaciones relativas a acontecimientos de actualidad”.

Como afirma Samuelson⁵²⁶, en muchos casos, dado lo insignificante que resulta el uso de la obra ajena, se puede considerar como una utilización *de minimis*⁵²⁷, pero en otros casos debe existir una restricción al derecho de explotación que ampare el uso incidental.

Un ejemplo de este último caso lo encontramos en el a. 5.3.i de la Directiva de la Sociedad de la Información, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 5
Excepciones y limitaciones

(...)

3.- Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

(...)

i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material.

A pesar de la importancia que reviste el no sancionar el uso incidental de obras (lo que abona mucho a la seguridad jurídica en la materia), nuestra LFDA no contempla ninguna restricción sobre el particular.

8.3.5.- *Uso con fines educativos.*

Las restricciones al derecho de explotación con fines educativos son de las más comunes (y necesarias) en la legislación comparada⁵²⁸, y suelen incluir cuestiones tales como la comunicación pública de obras en clase, la utilización de obras en libros o material didáctico para fines de ilustración, usos en instituciones de enseñanza, ciertas comunicaciones públicas en centros educativos, reproducción de partes de una obra en

Pamela, “Unbundling fair uses”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323834, marzo de 2009, p. 33.

Cfr. también Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *Intellectual property law*, Nueva York, 3a. ed., Oxford University Press, 2009, p. 217; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 304 y 305; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 93.

⁵²⁵ En este sentido, explica Claude Masouyé: “Al dar cuenta de acontecimientos de actualidad, ocurre con frecuencia que se hacen visibles o perceptibles, en el transcurso de uno de esos acontecimientos, obras literarias o artísticas cuya presencia tiene carácter meramente accesorio con relación al objeto mismo del reportaje en el marco del cual aparecen la mayoría de las veces de manera accidental. (...) En tales casos parece normal que no haya que solicitar la autorización previa de la obra así utilizada”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 72.

Asimismo, cfr. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 233 y 234; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 93.

⁵²⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 33.

⁵²⁷ Como bien afirma Delgado Porras: “Verdaderamente la ley no tiene que descender a la regulación de casos absolutamente inoperantes para los derechos subjetivos que se constituyen a su amparo. Respecto de ellos cabría hablar del *ius usus innocui* y de la máxima *minimis lex non regit*”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 45 y 46.

Vid. la nota al pie 118 del presente capítulo.

⁵²⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 297 y 302.

Asimismo, vid. VV. AA., *ABC...*, *cit.*, nota 344, p. 42.

recopilaciones con fines docentes, etc⁵²⁹. Inclusive, el a. 10.2 del Convenio de Berna prevé la posibilidad de que los países signatarios establezcan en sus leyes restricciones con fines de instrucción, siempre y cuando la utilización de las obras se haga conforme a los “usos honrados”,⁵³⁰

Nuestra LFDA no contiene como tal una restricción realizada con fines educativos en materia de derechos de autor⁵³¹, sino que lo más cercano que encontramos es la licencia obligatoria para traducción o publicación de obras necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación (a. 147 de la LFDA), pero sólo aplica cuando la obra no está disponible en mercado mexicano, más no cuando, por fines educativos, deba restringirse el derecho de explotación sobre obras que sí están en el mercado.

Con esto terminamos el vistazo a las restricciones al derecho de explotación en los sistemas cerrados, por lo que corresponde revisar a continuación los sistemas abiertos.

9.- Las restricciones en los sistemas de copyright.

Una vez estudiadas las restricciones al derecho de explotación en México, como un caso ejemplificativo del sistema cerrado y de corte continental, procederemos ahora a echar un vistazo al estado de la cuestión en los países del *copyright*. Para esto, revisaremos primero la regulación de los EUA (por ser el caso más paradigmático del sistema abierto de restricciones), luego nos referiremos a la regulación en el Reino Unido (por tener caracteres diversos y por ser una fuerte influencia en las naciones de la *commonwealth*), y por último veremos el caso de Canadá (por ser el otro socio de México en el TLCAN y por algunos interesantes destellos progresistas que han tenido sus tribunales).

9.1.- El fair use en los Estados Unidos de América.

El sistema de *fair use* implementado en los EUA es el paradigma de los sistemas abiertos de restricciones a los derechos de explotación, por lo que su estudio es obligado para poder sopesar las bondades y problemas de este tipo de sistemas.

El *fair use* es una doctrina creada judicialmente por virtud de la cual se establece una defensa ante una acción de violación al *copyright* por el uso de obras sin autorización del titular⁵³². Por tratarse de una defensa⁵³³ sólo sirve para alegarse en juicio cuando un demandado es acusado de violar el *copyright*⁵³⁴.

⁵²⁹ Moreno Martínez, Juan Antonio, “Límite al derecho de autor por fines educativos” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 395; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 74 y 75; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 297, 302, 303 y 316; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 228 a 231; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 179.

⁵³⁰ De acuerdo con Antequera Parilli, la mención a los “usos honrados” es un parámetro para ver si es razonable la restricción al derecho de explotación; parámetro dirigido tanto al legislador como a los aplicadores de la norma. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 137, p. 8.

Vid. también Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, p. 27.

En cuanto al alcance de esa posibilidad de restringir el derecho de explotación, aplica a todo tipo de instituciones educativas, tanto públicas como privadas, así como las de educación por Internet. *Cfr.* Moreno Martínez, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 529, p. 396.

⁵³¹ En cambio, ya vimos que sí hay tal restricción para la mayoría de los derechos conexos, como se puede apreciar de la fr. III del a. 151 de la LFDA.

⁵³² Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 427; Beebe, Barton, “An empirical study of U.S. copyright fair use opinions, 1978-2005”, *University of Pennsylvania law review*, vol. 156, núm. 3, enero 2008, p. 551;

La doctrina del *fair use* nace en el s. XIX, a partir del caso *Folsom v. Marsh* de 1841⁵³⁵, y no es hasta la *Copyright Act* de 1976 que, por primera vez, se le da una formulación legislativa a la referida doctrina⁵³⁶, aunque la academia ha destacado lo poco que varió el *fair use* desde su aparición en el caso *Folsom* hasta el texto de la *Copyright Act*⁵³⁷.

La *Copyright Act* regula el *fair use* en su a. 107, en los siguientes términos:

§ 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

En primer lugar, destaca el párrafo inicial de ese a. 107, ya que establece que dicha disposición se aplicará no obstante lo señalado en el a. 106 de la misma ley, el cual regula los derechos de explotación, de donde se deriva que el a. 107 restringe los derechos

Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *Intellectual property. The law of copyrights, patents and trademarks*, EUA, Thomson / West, 2003, p. 213.

Por su parte, Litman explica: “Fair use is a long-standing legal privilege to make unauthorized use of a copyrighted work for a good reason. Claims of fair use are evaluated by courts on a case-by-case basis. There is no hard and fast rule setting forth how much a work may be used-despite popular perceptions, there has never been a magic number of words one may quote or notes one may copy”. Litman, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001, p. 199.

⁵³³ De acuerdo con el derecho de EUA, una defensa es lo que se ofrece o alega por el demandado en contra de una acción o reclamación, ya sea con fundamento en el orden jurídico o en los hechos, para explicar por qué no debe dársele la razón al actor, es decir, lo que se opone para mermar la causa del demandante. *Cfr.* Black, Henry Campbell, *Black's law dictionary*, EUA, 2a. ed., West Publishing, 1968, pp. 507 y 508.

⁵³⁴ “The defense of fair use becomes relevant only after the plaintiff has made out a prima facie case for copyright infringement by showing copying of the original work and substantial similarity between works. Once this occurs, the defendant bears the evidentiary burdens of production and persuasion that the infringing use of the copyrighted work was privileged as a fair use”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 428.

Cfr. también LaFrance, Mary, *Copyright law*, EUA, Thomson / West, 2008, p. 294.

⁵³⁵ Hughes, Justin, “Fair use across time”, *UCLA law review*, Los Angeles, vol. 50, núm. 3, 2003, p. 102; Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 343, p. 490; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 428; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Prentice Hall, 2005, p. 46; Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 8, p. 105; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 213; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 163.

⁵³⁶ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 293; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 428; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 535, p. 47; Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 343, p. 490; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 28; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, pp. 213 y 214; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 163.

⁵³⁷ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 429.

previstos en el a. 106⁵³⁸. Tampoco deben afectarse los derechos contemplados en el a. 106A (derechos morales sobre obras visuales).

En segundo lugar, el a. 107 no nos proporciona una definición de *fair use*, debido a que se busca que dicha doctrina no se estanque y, más bien, pueda modificarse y adaptarse a los cambios tecnológicos⁵³⁹.

En tercer lugar, el primer párrafo del a. 107 de la *Copyright Act*, habla de propósitos tales como la crítica, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza o investigación, lo cual es un listado ilustrativo, no exhaustivo⁵⁴⁰, como se desprende del uso de la expresión “*such as*”.

En cuarto lugar, el propio a. 107 establece cuatro criterios (que deben aplicarse conjuntamente) para que los tribunales puedan valorar si una conducta del demandado puede calificarse o no de *fair use*, aunque pueden tomarse en cuenta criterios adicionales (lo que no es válido es ignorar alguno de los cuatro criterios obligatorios)⁵⁴¹. Cada criterio se enfoca a una faceta diferente del problema, forzando a los jueces a examinar el caso desde los puntos pertinentes⁵⁴². A continuación explicaremos brevemente cada uno de los cuatro criterios estatuidos por ley⁵⁴³.

a) El propósito y tipo del uso, incluyendo si el uso es con fines comerciales o para utilidades educativas no lucrativas.- De esta forma, es más probable que los usos educativos no lucrativos califiquen como *fair use*, dado que afectan menos al mercado de la obra. De igual manera, si la obra se usa con fines comerciales existe una presunción de que ese uso no es justo⁵⁴⁴. Empero, puede darse el caso de que haya usos no lucrativos que no constituyan *fair use* e, incluso, usos comerciales que sí podrían calificarse como justos⁵⁴⁵. Asimismo, es más factible que constituyan *fair use* los usos transformativos (porque se

⁵³⁸ Es decir, sería una “excepción” al *copyright*. Cfr. Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 532, p. 558.

⁵³⁹ Want, Robert S., *Harry Potter and the order of the court: the J.K. Rowling copyright case and the question of fair use*, EUA, NationsCourts.com, 2008, p. 24; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 429; Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 532, pp. 551 y 559; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 20.

⁵⁴⁰ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 343, p. 490; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 430; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, p. 294.

⁵⁴¹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 429 y 433; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 217.

⁵⁴² Leval, Pierre N., “Toward a fair use standard” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 388.

⁵⁴³ El hecho de que estos criterios deban analizarse conjuntamente, y no de manera escalonada y sucesiva, hace que el *fair use* sea un *test* muy diferente a la ya estudiada regla de los tres pasos.

Inclusive, como se verá a continuación, la afectación a la explotación normal de la obra es en el *fair use* sólo uno de los criterios a considerar en su conjunto, pero no una prueba que deba aprobarse insoslayablemente, como sí sucede con el segundo paso de la regla de los tres pasos.

⁵⁴⁴ Fisher III, William, “Legal regulation of digital media”, videoconferencia contenida en el DVD *Internet law program*, EUA, Universidad de Harvard, grabada el 6 de febrero de 2004; Wilson, Lee, *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005, p. 70; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 434 y 435; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, pp. 219 y 220; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 539, p. 38.

⁵⁴⁵ Por ejemplo, el caso *Hustler Magazine, Inc. v. Moral Majority, Inc.* de 1986. En este asunto, la revista *Hustler* publicó una imagen en donde se daba a entender que el primer encuentro sexual de un sacerdote fue con su madre; el sacerdote hizo cerca de un millón de reproducciones de esa obra y las mandó a sus seguidores con el fin de recaudar dinero. El tribunal consideró que, a pesar del ánimo de lucro del sacerdote, el uso fue justo pues también se hizo con fines de rebatir el ataque a su reputación.

crean nuevas obras) que los usos meramente consumitivos⁵⁴⁶. Por consiguiente, el punto neurálgico de este criterio es cuestionarnos la *justificación* del uso no autorizado, no bastando que exista la justificación, sino debiendo el juez analizar lo persuasiva o poderosa de esa justificación (debe sopesarse la fuerza de la justificación del uso secundario frente a los factores que favorecen al titular del *copyright*)⁵⁴⁷.

b) La naturaleza de la obra.- Con el fin de proteger el interés público, debe existir mayor acceso a cierto tipo de obras que a otras, en particular se favorece la circulación de obras de alto contenido informativo, tales como obras científicas, históricas, biográficas, ediciones agotadas, etc., y no tanto obras de mero entretenimiento⁵⁴⁸. De hecho, ese punto de vista no sólo está justificado desde la óptica del acceso a la información, sino también en atención a que en las obras de entretenimiento hay una mayor dosis de originalidad que en las obras de alto contenido informativo⁵⁴⁹. Asimismo, conforme a este criterio pesan más las obras destinadas a publicarse y ser conocidas, que las llamadas “obras menores”⁵⁵⁰, tales como notas a deudores, folletos, cartas u otros documentos⁵⁵¹. De igual forma, y tomando en cuenta la situación de los consumidores, pesa más que la obra sea difícil de obtener que si la obra se encuentra fácilmente disponible en el mercado⁵⁵².

c) La cantidad y substancialidad de la porción usada de la obra, respecto de toda ella en su conjunto.- Este criterio se enfoca en analizar si el demandado tomó de una obra más de lo necesario para lograr el propósito justificado del uso de la creación. Los tribunales suelen acudir tanto a criterios cualitativos como cuantitativos⁵⁵³. Así, entre más sea la porción tomada de una obra (o mayor sea la importancia de la parte tomada), más difícil es que esa utilización califique como un *fair use*⁵⁵⁴.

d) El efecto del uso en el mercado potencial o en el valor de la obra.- Este criterio suele ser el más importante, e incluso, así lo entienden comúnmente los tribunales estadounidenses⁵⁵⁵. Esto en atención a que, si el mercado de la obra es lesionado, no funcionará el incentivo económico para crear⁵⁵⁶. No se requiere probar un daño efectivo en

⁵⁴⁶ Zimmerman, Diane Leenheer, “The more things change the less they seem ‘transformed’: some reflections on fair use”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 46, 1998, pp. 251 y 252; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 430 y 431; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, pp. 296 y 297; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 539, p. 26; Wilson, Lee, *op. cit.*, nota 544, pp. 69 y 70.

⁵⁴⁷ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 388.

⁵⁴⁸ Fisher III, William, *op. cit.*, nota 544; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 435 y 436; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 224; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 539, p. 27.

⁵⁴⁹ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 224.

⁵⁵⁰ La *kleine Münze* de la que hablamos en el apartado 3.4.2 del capítulo segundo de la presente investigación.

⁵⁵¹ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 392.

⁵⁵² Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 224.

⁵⁵³ LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, p. 303; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 438 y 439; Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 393 (quien afirma que, además, pesa mayormente el criterio cualitativo); Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 226.

⁵⁵⁴ Fisher III, William, *op. cit.*, nota 544; Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 393; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 539, p. 27.

⁵⁵⁵ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 433 y 439; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 111; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 227.

⁵⁵⁶ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 394; y Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 439.

el mercado, sino sólo la posibilidad de ese daño⁵⁵⁷. Empero, muchos de los usos secundarios de una obra, por antonomasia, involucran algún grado de pérdidas de ingresos para el titular del *copyright*, es decir, un daño al mercado; por lo que esa posibilidad de daño debe estar enfocada a un daño *substancial* (cuando se afecta seriamente el incentivo económico)⁵⁵⁸.

Se ha criticado que esos cuatro criterios no llevan a resultados previsibles, sino más bien lo contrario: no hay unanimidad en la forma de entender cada criterio, dada su redacción vaga y amplia⁵⁵⁹. De hecho, esto es el principal blanco de las críticas en contra del *fair use*, lo imprevisible de sus resultados⁵⁶⁰, al grado de que existen varias posturas que afirman que la referida doctrina es contraria a la seguridad jurídica⁵⁶¹. De igual forma, se le ha objetado que es una doctrina que tiende a favorecer el uso transformativo de obras y no así el uso para mero consumo, a pesar de que realizar cierto tipo de copias (por ejemplo, con fines de autorrealización personal) puede ser algo muy valioso e, incluso, digno de protección por la libertad de de expresión⁵⁶².

Empero, a pesar de lo “elusiva” que pudiera ser la doctrina del *fair use*, la jurisprudencia estadounidense ha ido creando ciertas directrices generales⁵⁶³. Inclusive, como ha demostrado Samuelson⁵⁶⁴, el *fair use* es más coherente y sus resultados más previsibles de lo que muchos piensan⁵⁶⁵.

También debe tenerse en cuenta que la fortaleza del *fair use* reside en su flexibilidad y posibilidad de generar resultados equilibrados⁵⁶⁶, pues como bien dice Senftleben: “In favour of the fair use doctrine, it can moreover be asserted that a flexible set of abstract criteria has a much larger potential for reacting to new and unexpected constellations”⁵⁶⁷.

Inclusive, al analizar las sentencias en casos de *fair use* y clasificarlas por temas, Samuelson demuestra que los resultados son razonablemente previsibles y que hay un alto número de asuntos en donde la defensa es exitosa⁵⁶⁸. Por tal razón, la citada profesora critica a los jueces y académicos que ligeramente repiten afirmaciones sobre lo complicado

⁵⁵⁷ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 440.

⁵⁵⁸ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 542, p. 395.

⁵⁵⁹ Tushnet, Rebecca, “Copy this essay: how fair use doctrine harms free speech and how copying serves it”, *The Yale law journal*, EUA, vol. 114, núm. 3, 2004, p. 549; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 433; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 118; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 539, p. 38.

⁵⁶⁰ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 2; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, p. 294.

Cfr. las críticas de Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 292; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 66; y Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 554 (quien, además, menciona la problemática de tener que ir generando soluciones caso por caso).

⁵⁶¹ Para una referencia a esas posturas, *cfr.* Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 162.

⁵⁶² Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, pp. 562 y ss.

⁵⁶³ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 460 y 461; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 10.

⁵⁶⁴ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 2.

⁵⁶⁵ En este sentido, *cfr.* los interesantes resultados del estudio empírico sobre el *fair use*, realizado por Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 532, pp. 621 y 622.

⁵⁶⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 2; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 9 y 10; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, p. 294; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 532, p. 217.

⁵⁶⁷ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 164.

Vid. también, Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 554; y Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 68.

⁵⁶⁸ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 71.

En el mismo sentido se pronuncia Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 96, p. 2.

que es el *fair use*, y en cambio, los exhorta a encontrar los patrones comunes en la jurisprudencia que hacen más previsible esa doctrina⁵⁶⁹.

En otro orden de ideas, además de la cláusula general y abierta de *fair use* prevista en el a. 107 de la *Copyright Act*, el sistema estadounidense de restricciones se complementa con un listado concreto de diversas restricciones al *copyright*, por ejemplo: reproducciones para bibliotecas y archivos (a. 108), comunicaciones públicas con motivo de enseñanza (a. 110), grabación efímera (a. 112), copias de respaldo para programas de cómputo (a. 117), reproducciones para invidentes (a. 121), etc.

Así, resulta muy interesante el sistema de EUA, pues mezcla tanto un listado de restricciones puntuales, como una cláusula general (a. 107) lo suficientemente flexible para aplicarse a casos no previstos expresamente en el listado de restricciones. De esta forma, el legislador ha tratado de establecer restricciones concretas en donde considera que el derecho exclusivo sobre la obra debe ceder ante los intereses de los usuarios, pero al mismo tiempo, el legislador reconoce que es imposible prever *a priori* todas las restricciones que deban existir, por lo que delega en los jueces la función de analizar casos concretos no previstos en la ley para determinar si la utilización no autorizada de la obra es lícita o no.

Sin embargo, en el sistema de EUA la cláusula general de *fair use* del a. 107 es el elemento primordial en materia de restricciones al *copyright*, mientras que las restricciones concretas formuladas por el legislador, se encuentran en un segundo término.

Antes de concluir este apartado, expondremos brevemente algunos casos emblemáticos de la jurisprudencia estadounidense con el fin de ilustrar cómo aplican el *fair use* los tribunales de ese país. Los asuntos a los que nos referiremos son los siguientes: *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nations Enters* (por ser uno de los principales casos sobre esta doctrina), el conocido caso *Betamax* (por también ser emblemático e ilustrar cómo algo no previsible por el legislador fue resuelto gracias a la cláusula abierta del mencionado a. 107), y el *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (que es un caso sobre parodia, la cual tampoco fue prevista expresamente por el legislador del vecino del norte).

Comencemos la exposición de casos por orden cronológico. En el caso *Betamax*⁵⁷⁰ un estudio cinematográfico demandó a una compañía fabricante de videocaseteras, pues, con las mismas, los consumidores grababan películas de la televisión, alegando que la empresa demandada contribuía a la violación⁵⁷¹ del *copyright* al proporcionar el instrumento para cometerla⁵⁷². La Suprema Corte resolvió que el *time-shifting* (cambio de tiempo) derivado de grabar un contenido televisivo para verlo en un momento diverso al de la transmisión en un ámbito meramente privado, constituía un *fair use*, ya que el actor no pudo probar que esa práctica generara un daño potencial al mercado de la obra y además se trataba de un uso no comercial (aunque en contra de considerar eso como un *fair use*, el tribunal encontró que se trataba de obras de ficción y se copiaban películas enteras; pero al final pesaron más los otros dos factores)⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 73.

⁵⁷⁰ *Sony Corp of Am. v. Universal City Studios* de 1984.

⁵⁷¹ En el sistema de responsabilidad civil de EUA existe a figura del *contributory infringement*, la cual se actualiza cuando intencionalmente se ayuda a una persona para que esta viole un derecho (por ejemplo, un derecho intelectual). *Cfr.* Black, Henry Campbell, *op. cit.*, nota 533, p. 920.

⁵⁷² Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 441.

⁵⁷³ *Idem*; Madison, Michael J., "Fair use and social practices" en Yu, Peter K., *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I, pp. 187 y 188; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 544.

En el caso *Harper & Row* de 1985, el expresidente Gerald Ford había celebrado un contrato con la editorial *Harper & Row* para publicar sus memorias; esta editorial, a su vez, llegó a un acuerdo con la revista *Time* para la publicación de varios fragmentos del libro. Sin embargo, la revista *The Nation* publicó sin autorización una parte del libro de Ford, relativo al perdón que concedió a Richard Nixon. Como consecuencia, *Time* dio por terminado su contrato con *Harper & Row*, y esta última demandó a la empresa responsable de *The Nation*, alegando una infracción de *copyright*. La demandada se defendió alegando que estaba informando al público sobre un hecho trascendente en la vida política de los EUA, además de que el expresidente Ford era una figura pública. Sin embargo, la Suprema Corte, luego de aplicar la prueba del *fair use*, resolvió que sí había una violación de derechos, pues aunque el segundo criterio del *test* (naturaleza de la obra) favorecía al demandado (ya que la obra usada era de carácter informativo), el resto no. En efecto, el *tipo de uso* era comercial (de hecho, se trató de una revista que sacó el contenido antes que un competidor, por lo que hubo mala fe), la *porción usada* era substancial (pues se trataba de uno de los pasajes más llamativos e importantes del libro de Ford), y el *efecto del uso* en el mercado potencial también fue negativo (lo que llevó a la terminación del contrato)⁵⁷⁴.

Por lo que se refiere al caso *Campbell v. Acuff-Rose* de 1994, este se originó por una obra derivada del grupo de rap *2 Live Crew* que parodió la canción “Oh, Pretty Woman” de Roy Orbison y William Dee⁵⁷⁵, incluyendo referencias a una mujer calva, con mucho vello y que salía simultáneamente con dos hombres⁵⁷⁶. *Acuff-Rose Music, Inc.*, la editora musical titular de los derechos de la canción popularizada por Orbison, se negó a conceder a *2 Live Crew* la autorización para la versión satírica de la canción, por lo que los raperos decidieron comercializar la obra derivada sin permiso del titular del *copyright* sobre la obra primigenia, lo que detonó el litigio⁵⁷⁷.

Aunque los dos primeros criterios del examen de *fair use* (el tipo de uso y la naturaleza de la obra) desfavorecían a *2 Live Crew* pues su versión estaba destinada a ser comercializada, la Suprema Corte falló a su favor alegando que al ponderar los criterios que establece la *Copyright Act*, debe pesar más que se trate de un uso transformativo (crear una nueva expresión y dar un nuevo mensaje) a que si el uso es o no comercial⁵⁷⁸. Al analizar el tercer criterio, la corte señaló que la cantidad que una parodia debe tomar de la obra preexistente debe ser la suficiente para poder evocarla, señalando que, en el caso en estudio, *2 Live Crew* no excedió ese límite⁵⁷⁹. En cuanto al cuarto criterio, los magistrados resolvieron que, aunque un efecto de la parodia puede ser el afectar la demanda de la obra parodiada (por ser una crítica devastadora), ese no es el tipo de daño al mercado al que se refiere el *fair use*, pues lo relevante es si la parodia suple la demanda por la obra primigenia, concluyendo el tribunal que la parodia no substituye a la obra parodiada en el

⁵⁷⁴ Cfr. Madison, Michael J., *op. cit.*, nota 573, pp. 189 y 190.

⁵⁷⁵ Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 51 y 52; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 453; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 16.

⁵⁷⁶ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 52.

⁵⁷⁷ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 453; Madison, Michael J., *op. cit.*, nota 573, pp. 191 a 193.

⁵⁷⁸ LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, pp. 297 y 298; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 453 y 454; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 544.

⁵⁷⁹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 454 y 455.

mercado, por lo que no hay interferencia significativa entre una y otra⁵⁸⁰. Aunque sí es requisito que la parodia haga mofa, en alguna medida, de la obra parodiada, y no que esta última se utilice como mero instrumento para satirizar alguna otra cuestión⁵⁸¹.

Así, se puede apreciar que lo que caracteriza al sistema de *fair use* es su flexibilidad, la cual es un arma de doble filo: por un lado, ayuda a resolver muchos problemas no previstos en ley, pero por el otro lado, puede generar una buena dosis de inseguridad jurídica (aunque su aplicación progresiva y seria, lleva a resultados más previsibles).

A continuación veremos cómo opera el sistema en el Reino Unido.

9.2.- El fair dealing y otras restricciones en el Reino Unido.

El sistema inglés de restricciones no es tan abierto como el de EUA⁵⁸², como veremos a continuación; pero aun así, deja mayor margen de maniobra a los jueces que los sistemas de la corriente del *droit d'auteur*.

En la actualidad existen tres clases de restricciones en el Reino Unido: (a) el *fair dealing*, (b) restricciones adicionales al *fair dealing*, y (c) la *public policy* o interés público⁵⁸³. Las dos primeras clases tienen su fundamento en el texto mismo de la ley, lo que implica que el sistema inglés se basa, principalmente, en restricciones definidas por la ley, lo que lo hace diferente al sistema de EUA⁵⁸⁴.

Desde la aparición del Estatuto de la Reina Ana hasta 1911, las restricciones al *copyright* eran creadas por los tribunales, es decir, eran *judge-made law*⁵⁸⁵; metodología propia de los países de la familia del *common law*. Sin embargo, a partir de 1911 la legislación de *copyright* inglesa ha contenido excepciones expresas a los derechos de los titulares, dentro de las que encontramos las disposiciones del *fair dealing*⁵⁸⁶ que, al igual que el *fair use* en EUA, es una defensa⁵⁸⁷.

La vigente *Copyrights, Designs and Patents Act* de 1988, en su a. 30, establece las tres hipótesis de *fair dealing*, mismas que son las siguientes⁵⁸⁸:

- Usos de obras con fines de investigación no comercial y estudio, lo que incluye compilaciones de breves fragmentos para uso en escuelas, la copia y fotocopia de obras en el transcurso de clases o con fines de evaluación, comunicar

⁵⁸⁰ *Ibidem*, pp. 455 y 456; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 195 y 196; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 544.

⁵⁸¹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 456 y 457; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 195.

⁵⁸² Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, pp. 202 y 203; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 293; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 23; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 105.

⁵⁸³ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 474, 477 y 481.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 475.

⁵⁸⁵ Garnett, Kevin, "The impact of the Human Rights Act 1998 on UK copyright law" en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 174.

⁵⁸⁶ *Idem*.

⁵⁸⁷ Waelde, Charlotte, "Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric" en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 299.

⁵⁸⁸ Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 71; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 202; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 43; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

públicamente obras en escuelas bajo determinadas circunstancias, así como ciertos usos por bibliotecas y archivos, entre otros casos⁵⁸⁹;

- Usos para reportar eventos de actualidad, excluyendo las fotografías⁵⁹⁰;
- Usos para la crítica o reseña de las obras utilizadas o de obras diversas⁵⁹¹.

Dichas disposiciones deben interpretarse por el juez en términos amplios y generosos, es decir, de manera no restrictiva⁵⁹², lo que distingue el sistema inglés de los sistemas continentales (en donde la tesis imperante es la interpretación restrictiva)⁵⁹³.

Además, en cada uno de esos casos, el juez debe hacer un análisis para concluir si el uso de la obra fue “justo” (*fair*) tomando en cuenta todas las circunstancias del asunto en particular⁵⁹⁴, lo que consideramos también da cierto margen de apreciación judicial.

En este sentido, el asunto que definió los parámetros para medir el concepto de *fairness*, es el caso *Hubbard v. Vosper* de 1972⁵⁹⁵, en que se establecieron tres elementos a considerar: (1) el número y extensión de los extractos tomados de una obra (pues si son muchos y muy largos, no puede considerarse justo su uso), (2) el tipo de uso de la obra ajena (pues puede ser *fair dealing* si se usa para un comentario, crítica o reseña, pero no para proporcionar la misma información que el autor con un propósito competitivo); y (3) La proporción de lo tomado en el contexto de la obra propia (extractos largos en comentarios cortos pueden no ser justos, pero sí lo pueden ser si el extracto es corto y el comentario largo)⁵⁹⁶.

Desde luego, esta apertura y falta de lineamientos concretos e invariables, ha llevado a que se erijan contra el *fair dealing* las mismas críticas que contra el *fair use* de EUA: la falta de certeza o seguridad sobre qué usos están permitidos y cuáles están prohibidos⁵⁹⁷. También se critica que los parámetros del caso *Hubbard v. Vosper* fueron creados para obras literarias, pero son de difícil aplicación a otro tipo de creaciones, como las musicales, plásticas o audiovisuales⁵⁹⁸.

Por otro lado, existen una serie de restricciones, muy abundantes, adicionales al *fair dealing*, previstas por la legislación inglesa, por ejemplo, el uso de obras plásticas

⁵⁸⁹ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 475 y 476.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 476.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 477.

⁵⁹² Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 175; y Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

⁵⁹³ *Vid. supra* nota al pie 289 del presente capítulo.

⁵⁹⁴ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 203; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 588, p. 76.

⁵⁹⁵ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 58; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 477; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 204.

⁵⁹⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57.

De hecho, estos académicos británicos explican que ante la falta de reglas claras en la ley, las industrias culturales han establecido ciertos códigos y prácticas, como el usar un máximo de 400 palabras de una obra literaria en prosa. Empero, por ser meras prácticas no necesariamente respaldadas por la ley, quienes cumplan con esos códigos o convencionalismos no necesariamente están exentos de una sanción si un tribunal encuentra que la conducta es violatoria del *copyright*. *Cfr. Ibidem*, p. 59.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 58.

permanentemente situadas en público, retransmisiones por cable, cambios de tiempo o *time shifting*, usos incidentales, usos en procedimientos parlamentarios y judiciales, uso de obras anónimas, copias para invidentes, etc⁵⁹⁹.

Finalmente, el tercer caso de restricciones (además del *fair dealing* y las restricciones particulares ya vistas) son las que se derivan de la *public policy*. Como dicen Cornish y Llewelyn, además de las ya referidas restricciones definidas por el legislador, los jueces conservan el poder de negar la protección del *copyright* con base a consideraciones de políticas públicas. Esto se presenta principalmente en dos circunstancias: cuando se trata de una política en contra de que se proteja una obra (por ser obscena, difamatoria, inmoral, blasfema, antirreligiosa o seriamente engañosa para el público) o cuando se trata de una política que busca favorecer la diseminación de la obra⁶⁰⁰. Este tipo de restricciones son conocidas también como de “interés público”⁶⁰¹.

Durante las décadas de 1960 a 1980, se resolvieron en los tribunales ingleses una serie de casos en donde se reconoció al interés público como una defensa contra acciones por violación de *copyright*, independiente de las restricciones concretas formuladas en la ley (entre ellas, el *fair dealing*). Como consecuencia de esos precedentes, el legislador de 1988 incorporó, en el a. 171.3 de la ley vigente, una disposición relativa al interés público⁶⁰², cuyo texto es el siguiente:

Section 171.- (...)

(...)

Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright on the grounds of public interest or otherwise.

Se puede observar que se trata de una cláusula general y abierta, lo suficientemente amplia para que los jueces puedan amparar muchos usos que no embonarían en ninguna de las hipótesis particulares de *fair dealing* u otras restricciones establecidas por el legislador. Además, esta defensa abierta de interés público, también separa el sistema de restricciones inglés de los sistemas cerrados, tradicionalmente adoptados por los países del *droit d’auteur*.

Así, aunque la ley no contenga ninguna restricción específica, habrá casos en que las libertades informativas prevalecerán sobre el *copyright* si hay un claro interés público en que esa información se disemine sin autorización⁶⁰³. Por lo tanto, el interés público añadió cierto grado de flexibilidad adicional a lo que determinaba la ley⁶⁰⁴.

Los principales criterios que aplican los tribunales al evaluar el interés público, son los siguientes:

⁵⁹⁹ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, pp. 213 y ss; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 477 a 481; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 588, pp. 76 y ss.

⁶⁰⁰ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 481 y 482.

⁶⁰¹ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 175; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 219; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 80; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 588, p. 81; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 587, pp. 299 y 300.

⁶⁰² Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 81; y Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 219.

⁶⁰³ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 176.

⁶⁰⁴ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 80.

- Se debe distinguir el *interés público* respecto del *interés del público*, pues sólo el primero se puede alegar como defensa en un juicio de *copyright*⁶⁰⁵. Sería información de interés público lo relativo a la salud pública, la seguridad pública, la corrupción de los funcionarios públicos, la moral pública, la competencia de las agencias públicas, etc. En cambio, sólo sería información del interés del público aquella que gratifique la curiosidad del público o sólo pretenda afectar la imagen de una figura pública⁶⁰⁶;
- Se ha de examinar meticulosamente si las exigencias del interés público implican que la obra deba difundirse al público en general o si sólo deba difundirse a las autoridades competentes, como la policía⁶⁰⁷;
- También se ha de considerar si la publicación de parte de una obra es en verdad necesaria para satisfacer un genuino interés público, o si ese interés puede satisfacerse de alguna forma en que no se afecte el *copyright*⁶⁰⁸.

En conclusión, podemos observar que en el sistema inglés la cláusula general y abierta (en este caso, relativa al interés público) es sólo secundaria y subsidiaria al elemento central que son las restricciones concretas listadas por el legislador. En cambio, la situación es diferente en EUA, en donde lo central y primordial es la cláusula abierta de *fair use*, mientras que las hipótesis legislativas de restricciones en particular pasan a un segundo plano. De ahí que podamos concluir que el sistema de restricciones en EUA es más flexible que el británico, aunque este último es más flexible que los sistemas que comúnmente existen en los países neorromanistas.

De hecho, no sorprende que una de las principales críticas al sistema inglés sea que, a pesar de dejar ciertos márgenes de moderada flexibilidad (como la interpretación laxa del *fair dealing* o la cláusula abierta de interés público), al final es un sistema restrictivo que no da cuenta de todas las exigencias de la libertad de expresión u otros intereses involucrados⁶⁰⁹.

Pasemos ahora a estudiar el régimen canadiense, para concluir nuestro estudio de los sistemas abiertos.

9.3.- El caso de Canadá.

Canadá sigue un sistema de restricciones muy similar al del Reino Unido (posiblemente influenciado por este), pues, por un lado, están los casos de *fair dealing* previstos por el legislador (y otra serie de restricciones estatutarias), y por otro lado, existe una defensa genérica de interés público. Veamos.

En primer lugar, el a. 29 de la legislación canadiense de *copyright*, contempla el *fair dealing* en casos de investigación o estudio privado, debiendo citarse la fuente. En segundo lugar, el a. 29.1 se refiere al *fair dealing* en casos de crítica o reseña, también debiendo

⁶⁰⁵ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 176.

⁶⁰⁶ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 83 y 85.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, pp. 86 y 87; y Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 177.

⁶⁰⁸ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 585, p. 177.

⁶⁰⁹ En este sentido, *vid.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 78

citarse la fuente. En tercer lugar, el a. 29.2 regula el *fair dealing* en casos del reportaje de noticias⁶¹⁰.

En cada hipótesis, el juez debe medir qué tan justa ha sido la utilización de la obra, tomando en cuenta el número y extensión de los extractos, su proporción respecto de los comentarios adicionales, la naturaleza de la obra a la que se incorpora, etc⁶¹¹. De hecho, según estableció la Suprema Corte canadiense en el caso *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada* de 2004, los factores que deben tomarse para medir el *fair dealing* en los asuntos permitidos por ley, son: (1) el propósito del uso, (2) el tipo de uso, (3) la cantidad de obra usada, (4) alternativas a ese uso, (5) la naturaleza de la obra, y (6) efectos en el mercado de la obra⁶¹².

Además de esos casos particulares de *fair dealing*, la ley prevé una serie de restricciones a favor de bibliotecas, archivos y museos (aa. 29.4 a 30.4)⁶¹³.

Por otra parte, adicionalmente las restricciones enunciadas en la ley, en Canadá se prevé también una defensa basada en el interés público, aunque, a diferencia del Reino Unido, no está formulada expresamente en la ley, sino que es de fuente jurisprudencial⁶¹⁴.

Un punto destacado de la situación en Canadá es lo revolucionaria que ha sido su Suprema Corte al interpretar el *fair dealing*, pues en el citado caso *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada* resolvió, en primer lugar, que debe darse paso a interpretaciones abiertas de la ley y que, particularmente, el *fair dealing* no puede interpretarse restrictivamente; en segundo lugar, determinó que el *fair dealing* se traduce en derechos subjetivos a favor de los usuarios (es decir, no es una mera defensa en juicio)⁶¹⁵.

Con esto terminamos el estudio de los sistemas abiertos de restricciones, y entraremos, en el siguiente apartado, al análisis de la dimensión iusfundamental de las restricciones al derecho de explotación.

10.- Derechos fundamentales que fundamentan las restricciones al derecho de explotación.

Una vez repasados los principales sistemas de restricciones a los derechos de autor (con especial énfasis en la legislación mexicana), procederemos en el presente apartado (cuyo título es una alusión a un importante trabajo de Ferrajoli) a realizar un breve análisis de los principales derechos fundamentales que dan soporte a las restricciones a los derechos de explotación.

⁶¹⁰ Tawfik, Myra J., "International copyright law and fair dealing as a user right", *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2005, pp. 4 y 5; Goudreau, Mistrale, "Introducción al derecho de autor canadiense" en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México, 1a. reimp. de la 1a. ed., IJ-UNAM, 2000, p. 46; D'Agostino, Giuseppina, "Healing fair dealing? A comparative copyright analysis of canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use", *Mc Gill law journal*, Canadá, vol. 53, 2008, p. 318.

⁶¹¹ Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 610, p. 46.

⁶¹² Bertrand, Lise, "Copyright law and copyright collectives in Canada" en LaRoche, Kevin L. (coord.), *Intellectual property and related commercial litigation in Canada*, Canadá, 3a. ed., Border Ladner Gervais, 2008, p. 201; Tawfik, Myra J., *op. cit.*, nota 610, p. 6.

⁶¹³ D'Agostino, Giuseppina, nota 610, p. 319.

⁶¹⁴ Gendreau, Ysolde, "Canadian copyright law and its charters" en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 248.

Asimismo, *cf.* D'Agostino, Giuseppina, nota 610, p. 319.

⁶¹⁵ Tawfik, Myra J., *op. cit.*, nota 610, p. 5; y D'Agostino, Giuseppina, nota 610, p. 315.

Esto en virtud de que, como ya concluimos en el apartado 1 del presente capítulo, la protección de los derechos fundamentales es la justificación más plausible a las restricciones a los derechos de explotación, en el presente apartado pretendemos contestar las preguntas de ¿cuáles son y en qué consisten los derechos fundamentales que pretenden ser protegidos por las restricciones a los derechos de autor? Adicionalmente, haremos unos pequeños comentarios sobre la relación entre cada uno de esos derechos fundamentales y los derechos de autor.

10.1.- El derecho a la información.

Este es, sin lugar a dudas, el derecho fundamental que está generando las más acaloradas discusiones en relación con los derechos de autor⁶¹⁶; por tal razón, es el que tratamos primero y con mayor profundidad. En esta tónica, empezaremos explicando su concepto y la evolución que tuvo la libertad de expresión para lograr su configuración moderna como derecho a la información, para luego estudiar sus funciones, su regulación en México y sus relaciones con los derechos de autor.

10.1.1.- De la libertad de expresión al derecho a la información.

El ser humano que vive en sociedad se desarrolla y progresa mediante el contacto con los demás, intercambiando ideas, informaciones y opiniones que le aportan inteligencia, experiencia y conocimiento, permitiéndole tomar decisiones sobre su vida⁶¹⁷. En este sentido, Miguel Carbonell explica:

La posibilidad de que todas las personas participen en discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una “racionalidad discursiva” (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos⁶¹⁸.

Como consecuencia, en las sociedades occidentales se fue generalizando, como un valor, la llamada “libertad de expresión” de los doctrinarios liberales, cuyo principal movimiento fue la revolución francesa, la cual, al enfrentarse al régimen absolutista, proclamó abiertamente la necesidad de que toda persona fuera libre de expresar sus ideas, incluso para criticar a los gobernantes y ocasionar cambios en la esfera política.

En este tenor, como bien explica Escobar de la Serna, los doctrinarios liberales concibieron la vida económica basada en las libertades de contratación y comercio, rechazando cualquier traba a esas libertades. Y resulta que, con base a esas ideas económicas, crearon la noción de “mercado de las ideas”, en el cual el libre juego de opiniones alcanzará la verdad oculta con base a un debate público y racional, del que resulta la opinión pública⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Como ejemplo, *vid.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 275, p. 43.

⁶¹⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, México, 5a. ed., Siglo XXI, 1997, pp. 138 y 147.

⁶¹⁸ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM / CNDH, 2005, pp. 371 y 372.

⁶¹⁹ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la información*, Madrid, 2a. ed., Dykinson, 2001, p. 37.

Dicho movimiento liberal –paulatino en Inglaterra y más violento en Francia–⁶²⁰ tuvo como uno de sus frutos la llamada “constitucionalización de la libertad de expresión”, expresada en el a. 11 de la Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia) y en el *Bill of Rights* de 1791 (primera enmienda a la Constitución de EUA)⁶²¹. Por primera vez se consagraba, como un derecho básico, la posibilidad de difundir ideas libremente.

En esa concepción tradicional de la libertad de expresión, tal derecho era representado como un límite a la actividad del Estado: ninguna autoridad podía imponer traba o impedimento alguno para que los ciudadanos comunicaran su pensamiento. Además de que la conducta protegida era la *difusión* de información, es decir, la actividad del individuo por virtud de la cual hacía llegar datos y opiniones a otros.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁶²² coincide en que la DUDH y los posteriores tratados en la materia, reconfiguran y amplían la tradicional libertad de expresión para convertirla en el moderno *derecho a la información*. Como ejemplo, veamos las palabras de Escobar:

El derecho a la libertad de expresión establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se convierte en un derecho realmente conocido con carácter universal como derecho a la información en 1948, con la proclamación que en su artículo 19 hace la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, precepto que marca claramente el contenido del derecho a la información⁶²³.

En igual sentido, Sergio López-Ayllón, al citar diversos tratados sobre derechos humanos, afirma que:

estos instrumentos contienen la formulación moderna de la libertad de expresión. En efecto, estos artículos reformulan las libertades tradicionales de expresión e imprenta para adaptarlas a las nuevas

⁶²⁰ Machado Arias, Juan Pedro, *Las restricciones a la libertad de difusión de información periodística en México*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, FD-UNAM, 2002, p. 64.

⁶²¹ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, pp. 40 y 41.

⁶²² Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, México, 2a. ed., UIA / Fundación Manuel Buendía, 1998, p. 17; Carpizo, Jorge, y Villanueva, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México” en Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Valadés, Diego (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001, p. 74; Cendejas Jáuregui, Mariana, “Derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho comparado de la información*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, enero-junio 2010, p. 43; Machado Arias, Juan Pedro, *op. cit.*, nota 620, pp. 5 y ss; Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos” en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 3 y 4; Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008, p. 39; López-Ayllón, Sergio, *Derecho de la información*, México, Mc Graw-Hill / IIJ-UNAM, 1997, pp. 7, 13 y 14.

Inclusive, la Corte Suprema de Argentina también le ha dado este alcance al derecho a la información, como se puede apreciar en su sentencia de 11 de diciembre de 1984, dictada en el caso *Ponzetti de Balbín, Indalia, v. Editorial Atlántida S.A.*

En igual sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional colombiana, como se puede constatar, por ejemplo, en sus sentencias de 9 de septiembre de 1992 y de 5 de diciembre de 1997.

⁶²³ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, p. 66.

condiciones de la información (...). Es justamente este nuevo contenido el que, de acuerdo con la doctrina, constituye el “derecho a la información”⁶²⁴.

Ideas sobre las que profundiza Mariana Cendejas, quien nos explica la dimensión social y no meramente liberal del derecho en estudio, afirmando que la doctrina del derecho a la información es una concepción crítica del pensamiento liberal sobre la aplicación de las libertades informativas tradicionales, en particular por constituir un derecho que favorecía primordialmente al informador, así como el que los medios de comunicación estuvieran sometidos a los imperativos del mercado, por lo que ahora se requiere una mayor participación del Estado para lograr la difusión y adquisición de información⁶²⁵.

Por nuestra parte, nos adherimos a esa doctrina mayoritaria y coincidimos con Ekmekdjian en que la denominación más adecuada para el derecho en estudio es “derecho a la información”, rótulo que engloba todo un haz de facultades relativas al intercambio de información⁶²⁶. Por lo tanto, procuraremos a continuación, en la mayor medida de lo posible, utilizar el término “derecho a la información”, y sólo de manera excepcional usaremos “libertad de expresión” cuando nos refiramos a doctrina o disposiciones jurídicas que echen mano de esa denominación.

En otro orden de ideas, se aprecia que, a diferencia de la tradicional libertad de expresión, el moderno derecho a la información no se limita en tutelar la difusión de información, sino también su *recepción*, es decir, se trata de un derecho de doble vía. De ahí que López-Ayllón⁶²⁷ considere que las facultades que integran este derecho –facultades de difundir, de investigar y de recibir informaciones– se agrupan en dos vertientes: el *derecho a informar* y el *derecho a ser informado*.

Esto significa que el derecho a la información trasciende su origen liberal, de manera que el Estado ya no debe limitarse a no intervenir en los procesos informativos, sino que, ahora, debe realizar acciones positivas para lograr un mayor y más trascendente intercambio de informaciones⁶²⁸.

⁶²⁴ López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental” en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IIJ-UNAM, 2000, p. 162.

Mismo apunte hace Carpizo, Jorge, “Constitución e información” en Carbonell, Miguel, y Valadés, Diego (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IIJ-UNAM, 2004, pp. 38 y 39.

⁶²⁵ Cendejas Jáuregui, Mariana, *op. cit.*, nota 622, pp. 31 y 32.

Vid. también Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, IIJ-UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008, p. 7; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, IIJ-UNAM, 2010, pp. 71 y 72; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, p. 39.

⁶²⁶ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, Buenos Aires, 2a. ed., Depalma, 1996, p. 2.

⁶²⁷ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 622, p. 14.

También *cfr.* Ekmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 626, p. 4; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, p. 67; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 622, pp. 4, 21 y 22; Cendejas Jáuregui, Mariana, *op. cit.*, nota 622, pp. 36 y ss; Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa / IMDPC, 2009, p. 148; Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa / Universidad de Guadalajara / Cámara de Diputados, 2006, pp. 65 y 66.

Vid., asimismo, el párrafo 30 de la Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶²⁸ Por ejemplo, entre las acciones positivas que el Estado puede realizar en esta materia, López-Ayllón menciona: el establecimiento de los derechos de réplica y de rectificación, la promulgación de normas

Asimismo, es importante destacar que el objeto del derecho a la información es, en principio, *toda clase* de información⁶²⁹: tanto información pública⁶³⁰ como información privada, tanto información objetiva (datos) como información subjetiva (opiniones e ideas)⁶³¹,⁶³².

Por consiguiente, y luego de una reconstrucción dogmática de derecho fundamental en estudio, López-Ayllón nos proporciona la siguiente definición estándar:

El “derecho a la información” (o la libertad de expresión o la libertad de información) comprende así tres facultades interrelacionadas: las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento⁶³³.

Una vez definido el derecho fundamental en estudio, pasemos a ver sus propósitos, según la doctrina en la materia.

10.1.2.- Funciones del derecho a la información.

En el mundo occidental existe consenso en proteger el derecho a la información, pero no hay acuerdo sobre el por qué proteger ese derecho fundamental. Efectivamente, las razones justificativas del derecho a la información son varias e, incluso, contradictorias. Esta pluralidad de justificaciones está presente tanto en los países que seguimos la tradición europea continental, como en los del *common law* (por ejemplo los EUA).

Las principales justificaciones filosóficas del derecho a la información en la doctrina estadounidense⁶³⁴ (pero que también se utilizan en los países neorromanos⁶³⁵) son las siguientes:

sancionadoras y de un régimen de responsabilidad civil, la conexión de prestaciones para que ciertos grupos sociales o partidos políticos accedan a los medios de comunicación, etc. *Vid.* López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 624, p. 166.

Cfr. también Bertoni, Eduardo A., “El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” en Guevara B., José A., Martín, Claudia, y Rodríguez-Pinzón, Diego (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 1a. reimp., Fontamara / UIA / American University, 1996, pp. 406 a 408.

⁶²⁹ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, p. 67

⁶³⁰ En este sentido, el *derecho de acceso a la información pública* (a veces llamado, simplemente, derecho a la información), es sólo una de las especies del derecho a la información, o, mejor dicho, una de las facultades que lo integran, pues su objeto se limita a la información en manos del poder público (información pública) y su ejercicio a la modalidad de acceso a esa información (derecho a ser informado).

Por tal razón, es acertado el comentario de Ernesto Villanueva cuando indica que “el derecho de acceso a la información pública sería entonces un círculo más pequeño que formaría parte del círculo amplio del derecho a la información”. Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, nota 627, p. 69.

⁶³¹ La *información objetiva* son los hechos, datos y noticias, mientras que la *información subjetiva* consiste en las opiniones e ideas. *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, *Derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa / IJ-UNAM, 1984, pp. 162 y 163.

⁶³² Desde luego, esta es la configuración *prima facie* de este derecho fundamental, pues otros derechos y bienes constitucionales operarán para restringirlo e impedir la difusión de ciertas informaciones en determinados casos (por ejemplo, la intimidad, la propia imagen, la seguridad nacional, el honor, el secreto financiero, el secreto empresarial, etc.).

⁶³³ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 624, p. 163.

⁶³⁴ Rosenfeld, Michel, “La filosofía de la libertad de expresión en América (sic, EUA)” (trad. Javier Dorado Porrás) en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, p. 238.

a) Justificación basada en la democracia.- La libertad de expresión es indispensable para que los ciudadanos puedan autogobernarse en una democracia, pues se requiere libertad para comunicar y recibir ideas, y así poder tomar decisiones⁶³⁶. Como bien dice Faúndez Ledesma: “No cabe duda que el debate libre y abierto es, en sí mismo, un componente de la democracia, que permite persuadir a los demás de aquello que es objetable para el gobierno”⁶³⁷. Mientras que Carbonell explica:

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas⁶³⁸.

Bajo esta justificación sólo sería protegible el discurso político; y para algunos, ni siquiera ese tipo de discurso en su totalidad, pues expresiones políticas antidemocráticas no tendrían cabida ni utilidad en el proceso democrático⁶³⁹ (mientras que otros estiman que la libertad de expresión sí protege el discurso abolicionista de la democracia⁶⁴⁰).

Una variante de esta tesis es la que afirma que el derecho a la información sirve como válvula de seguridad, pues ayuda a desahogar las tensiones provocadas por el descontento social⁶⁴¹.

Esta justificación no sólo se encuentra firmemente arraigada en la doctrina judicial de los EUA⁶⁴², sino que también podemos verla expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴³ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴⁴.

En nuestro país, la Primera Sala de la SCJN señaló, en el caso *Crédito Afianzador*⁶⁴⁵, que la publicidad (expresión comercial) sí está protegida por la libertad de expresión,

⁶³⁵ Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, IIJ-UNAM, 2004, pp. 33 y ss; y Benente, Mauro, “Tensiones entre derecho a la intimidad y libertad de expresión. El caso argentino”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 54 a 57.

⁶³⁶ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2005, pp. 18 y ss; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 31 y 32; Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, p. 238.

⁶³⁷ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, pp. 71 y 72.

Cfr. también Macmillan, Fiona, “Commodification and cultural ownership” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 38 y 39.

⁶³⁸ Carbonell, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 23.

⁶³⁹ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, p. 238.

⁶⁴⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 638, p. 23.

⁶⁴¹ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 77.

⁶⁴² *Cfr.*, por ejemplo, los casos *Terminiello v. Chicago* (1949) y *Mills v. Alabama* (1966), ambos de la Suprema Corte de ese país.

⁶⁴³ Señalando que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada”. Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) sobre colegiación obligatoria de periodistas.

⁶⁴⁴ Como ejemplo, *cfr. Sürek v. Turquía* de 1999.

⁶⁴⁵ Amparo en revisión 91/2004, sentencia de 20 de octubre de 2004.

aunque se encuentra muy alejada de su núcleo esencial, mismo que se enfoca, más bien, al discurso político⁶⁴⁶. En igual sentido, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal también ha estimado que la libertad de expresión tiene una función (a la que llama “estructural”) que la convierte en la piedra de toque de la existencia y calidad de la democracia⁶⁴⁷.

b) Justificación basada en el contrato social.- Esta justificación es parecida a la anterior, pero con un alcance más amplio. Parte del supuesto de que las instituciones políticas y sus cambios son legítimos si pueden justificarse en términos de un acuerdo entre los miembros de la sociedad, por lo que deben protegerse todas las ideas que sirven para que esos miembros tomen decisiones y lleguen a un acuerdo. Empero, a diferencia de la justificación basada en la democracia, la fundada en el contrato social no excluye *ex ante* ninguna idea que pudiera ser relevante para la toma de decisiones de los miembros del contrato social⁶⁴⁸.

Esta postura abierta tuvo especial influencia en la CADH, cuando en su a. 13.2 prohíbe la censura previa, tomando una posición protectora de *toda clase de informaciones* y excluyendo controles apriorísticos. En igual sentido, el a. 7° de nuestra Constitución establece una prohibición de previa censura.

c) Justificación basada en la búsqueda de la verdad.- En este caso, no sólo se protegen las ideas políticas, sino cualquier clase de expresiones (incluyendo las artísticas), que puedan contribuir a descubrir la verdad o desenmascarar una falsedad⁶⁴⁹. John Milton se mostró partidario de la libre circulación de las ideas, incluso de aquellas engañosas o falsas, pues su confrontación con la verdad las evidenciaría, y el hombre concedor de una pluralidad de ideas, podría llegar a la verdad⁶⁵⁰. Bajo esta concepción, toda clase de ideas

⁶⁴⁶ Explicando así la Corte que “la libertad de expresión e imprenta goza de una vertiente pública e institucional que le confieren un papel centralmente importante en los regímenes democráticos. Esta vertiente destaca que la libertad de expresión e imprenta contribuye de manera esencial a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa. La libre interacción de las más variadas y contrastadas opiniones contribuye a conseguir un cuerpo extenso de ciudadanos activos, comprometidos con los asuntos públicos, y atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes”, y agregando: “Desde esta perspectiva, se entiende que las libertades de expresión e imprenta protejan de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo de expresar sus ideas en materia política, y que otro tipo de discursos expresivos, como el comercial –el relevante para la resolución del presente amparo– estén mucho más desconectados de la función que otorga a estos derechos su singular posición dentro del esquema estructural de funcionamiento de la democracia representativa”. *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁶⁴⁷ Afirmando el Pleno que: “El discurso político está más directamente relacionado que otros –por ejemplo, el discurso de la publicidad comercial, o el que es propio de la industria del entretenimiento–, con la función pública e institucional de la libertad de expresión. Por tanto, garantizar su plena y libre difusión resulta especialmente relevante para que la libertad de expresión cumpla cabalmente con su posición estratégica en el proceso por el que la opinión pública se forma en el marco funcional de la democracia representativa”. Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006, sentencia de 7 de diciembre de 2006.

⁶⁴⁸ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, pp. 238 y 239.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, pp. 240 y 241; Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 636, pp. 7 y ss; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 637, p. 37; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 31.

⁶⁵⁰ Milton, John, *Areopagítica*, México, trad. José Carner, 3a. ed., FCE / Sociedad Interamericana de Prensa, 2000, pp. 76 y ss.

En particular, este autor al hablar de la verdad, nos dice: “Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro? Su confutación es el medio mejor y más seguro de suprimir lo dañoso”. *Ibidem*, p. 92.

debe circular y no debiera privarse a los receptores de su derecho a juzgar⁶⁵¹, ya que para descubrir la verdad se necesita discutir todos los elementos relacionados con el tema en cuestión⁶⁵².

En este sentido, la Suprema Corte de EUA ha señalado que las afirmaciones falsas deben protegerse simplemente porque son indispensables en un debate libre para confrontarse con las afirmaciones verdaderas⁶⁵³; mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte que un sistema de control para garantizar la corrección y veracidad de la información puede generar grandes abusos y “viola el derecho a la información”⁶⁵⁴.

d) Justificación basada en la autonomía individual.- Según la cual, la dignidad y autonomía individual requieren que se proteja toda forma de autoexpresión, lo que implica una amplísima libertad⁶⁵⁵. Así, estaríamos frente a un derecho individual que se deriva de la propia naturaleza, que es retenido por los individuos frente al Estado⁶⁵⁶. En este sentido, Dworkin estima que hay un vínculo entre dignidad y libertad de expresión⁶⁵⁷, al grado que “la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree”⁶⁵⁸.

Sin embargo, el proteger esta autonomía y dignidad de los emisores puede repercutir negativamente en la autonomía y dignidad de algunas personas⁶⁵⁹, por ejemplo, cuando en aras de la libre expresión se afecta la vida privada o el honor de otro individuo, en cuyo caso pueden haber más restricciones al discurso del emisor, en las hipótesis donde el mensaje no tiene un trasfondo político o de interés público.

Una variante de esta justificación, a nuestro entender, es la tesis que afirma que el derecho a la información promueve el *desarrollo y realización personal*, pues la dignidad humana es reafirmada al permitir a las personas el comunicar sus pensamientos, ideas o sentimientos. No obstante, a esta concepción se le objeta que el desarrollo personal no es algo exclusivo del derecho a la información, ni justifica darle a este derecho un trato preferente respecto a otras actividades igualmente gratificantes⁶⁶⁰.

Esta justificación ha sido adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que la libertad de expresión es condición elemental para la realización plena de cualquier individuo⁶⁶¹. De igual forma, la Suprema Corte de EUA ha señalado que la

⁶⁵¹ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 51.

⁶⁵² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 638, p. 16.

⁶⁵³ Caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* de 1974.

⁶⁵⁴ Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) sobre colegiación obligatoria de periodistas.

⁶⁵⁵ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, p. 241; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 637, p. 38; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 31.

⁶⁵⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 38.

⁶⁵⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, pp. 295 y 298.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 298.

⁶⁵⁹ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, pp. 241 y 242.

⁶⁶⁰ Sobre esta tesis, *cf.* Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, pp. 44, 45 y 47.

Vid. también Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 636, pp. 13 y ss; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 638, pp. 20 y ss.

⁶⁶¹ Caso *Marônek v. Eslovaquia* de 2001.

libertad de expresión es coherente con el principio de dignidad humana de cada individuo⁶⁶².

Como se puede apreciar, las tres primeras justificaciones ya explicadas son de carácter utilitarista, por lo que atienden a un beneficio colectivo o función social; mientras que la cuarta justificación es más bien individualista, considerando al derecho a la información como un fin por sí mismo y vinculado a la dignidad humana⁶⁶³.

En los EUA suelen preponderar las justificaciones utilitaristas, como nos demuestran las siguientes palabras de Owen Fiss, quien afirma que:

el propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar⁶⁶⁴.

En cambio, en los países de la Europa continental y los que se encuentran en la misma familia jurídica, se le suele dar más peso a la justificación relativa a la autonomía individual, lo cual es reflejado en los tratados sobre derechos humanos, ya que tienen como punto de partida la dignidad individual, y sólo incidentalmente la producción de beneficios al grupo social⁶⁶⁵.

Coincidimos con las posturas doctrinales⁶⁶⁶ que no reducen la justificación del derecho a la información a una sola, sino más bien la reconocen en la compleja conjunción de todas las justificaciones explicadas. De hecho, según el tipo de mensaje y las circunstancias del caso concreto, se enfatizará más alguna justificación o aspecto del derecho a la información que sea de especial relevancia para el asunto en particular. Como ejemplo, a pesar del fuerte peso de las tesis individualistas en los países neorromanos, no es raro encontrar sentencias donde se le dé mucha importancia a las cuestiones utilitaristas, como es el caso de los asuntos donde el interés público en una sociedad democrática se utiliza como parámetro para medir la legitimidad del ejercicio del derecho a la información frente a colisiones con ciertos derechos de la personalidad (como el derecho a la propia imagen o el derecho a la intimidad).

Por ejemplo, en el caso de nuestro país, la Primera Sala de la SCJN ya se ha decantado por una fundamentación mixta del derecho a la información, al afirmar:

La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa⁶⁶⁷.

⁶⁶² Cfr. el conocido caso *Cohen v. California* de 1971.

⁶⁶³ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, p. 241; y Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 35.

⁶⁶⁴ Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, trad. Jorge F. Malem Seña, Fontamara, 1997, p. 23.

⁶⁶⁵ Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 93.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 88; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 31 y 32; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 638, p. 23; Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 634, p. 236.

⁶⁶⁷ A lo que añade: "Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión y desarrollo

Abordado que fue este tema, corresponde a continuación echar un somero vistazo a las disposiciones jurídicas más relevantes en nuestro sistema jurídico.

10.1.3.- Notas sobre su regulación en México.

El derecho a la información es un derecho fundamental, por lo tanto, para conocer su regulación en nuestro país, hay que ubicar las disposiciones de derecho fundamental vigentes, las cuales se encuentran, como se mencionó en el capítulo primero de la presente investigación, tanto en nuestra Constitución como en los tratados de derechos fundamentales incorporados al derecho mexicano por vía del a. 133 constitucional.

En primer lugar, la disposición iusfundamental básica en esta materia es el a. 6° constitucional, cuyo texto es:

Artículo 6°.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

La redacción original del primer párrafo de esta disposición no contenía las referencias al derecho a la información ni al derecho de réplica. Así, en el texto

individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales —el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático”. *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 287.

constitucional originario se observa la concepción tradicional de libertad de expresión, deudora de los doctrinarios liberales.

Fue en 1978 cuando dicho artículo fue adicionado con la frase: el “derecho a la información será garantizado por el Estado”; modificación que llevó a muchas especulaciones e, incluso, a algunos desafortunados criterios de la SCJN⁶⁶⁸. Sin embargo, como bien explicó López-Ayllón en una importantísima investigación, ese derecho a la información es muy amplio, pues se trata del derecho subjetivo de toda persona para buscar, recibir y difundir cualquier clase de informaciones⁶⁶⁹, de forma que no está limitado exclusivamente al acceso a la información pública, ni mucho menos está restringido a las prerrogativas de los partidos políticos.

Por lo que hace al derecho de réplica, se trata de una adición al texto constitucional del año 2007, que tuvo como propósito mencionar expresamente en nuestra Carta Magna esa salvaguarda en los procesos de comunicación. En el mismo año se le incorporaron, al a. 6° en glosa, diversas clarificaciones sobre el contenido mínimo del derecho de acceso a la información pública (esto fue una respuesta al fenómeno de que diversos poderes locales expidieron leyes de acceso a la información que más bien propiciaban la opacidad).

Asimismo, sobre el a. 6° constitucional cabe resaltar que contempla a “los derechos de terceros” como una restricción que el legislador puede imponer al derecho a la información (desde luego, cumpliendo con el principio de proporcionalidad), lo cual retomaremos más adelante para valorar qué tan justificados están los derechos de autor como restricciones al derecho a la información (sobre la relación entre esos derechos, *vid. infra* el siguiente apartado).

Otro artículo destacado dentro de la Constitución es el 7°, el cual establece lo siguiente:

Artículo 7°.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictaran cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos.

Para Burgoa Orihuela⁶⁷⁰, la diferencia entre la libertad de imprenta (a. 7°) y la libertad de expresión (a. 6°), es que la primera tutela la manifestación del pensamiento por medios escritos (libros, periódicos, revistas, etc.), mientras que la segunda protege la expresión verbal (discursos, radiotransmisiones, conferencias, etc.)⁶⁷¹. Mientras que Carbonell considera que la libertad de imprenta es una modalidad del genérico derecho a la

⁶⁶⁸ La Segunda Sala de la SCJN determinó que el derecho a la información no era un derecho a favor de todos los gobernados, sino una “garantía social” para regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos. *Cfr.* “INFORMACION. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 6o. DE LA CONSTITUCION FEDERAL”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. X, agosto de 1992, p. 44.

⁶⁶⁹ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 631, pp. 207 y 208.

⁶⁷⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, 32a. ed., Porrúa, 2000, p. 360.

⁶⁷¹ En el mismo sentido, Del Castillo del Valle, Alberto, *La libertad de expresar ideas en México*, México, Duero, 1995, pp. 53 y 93.

libertad de expresión del a. 6° constitucional⁶⁷². En igual sentido, Margadant explica que el a. 6° habla de la expresión de las ideas *en general*, mientras que el 7° hace referencia, de manera especial, a la libertad de imprenta; bifurcación que existe desde la Constitución de 1857⁶⁷³. En los mismos términos se pronuncia Enrique Carpizo⁶⁷⁴. Consideramos acertada la postura de Carbonell, Carpizo y Margadant, pues el a. 6° habla, en general, de la “manifestación de las ideas”, sin restringirla a ninguna modalidad.

Desde luego, y como anticipamos en el capítulo primero de la presente investigación, los tratados de derechos humanos incorporados al derecho mexicano en términos del a. 133 constitucional, también contienen normas de derecho fundamental. Por lo tanto, el panorama del derecho a la información en México no estaría completo si no revisamos los principales acuerdos internacionales.

En primer lugar tenemos el PIDCP, cuyo a. 19 dispone:

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Hay varios puntos que nos interesa destacar de esa disposición. En primer lugar, la preponderancia que le da a la función de tutela de la autonomía individual (sin hacer énfasis en cuestiones utilitarias), pues se protege información *de toda índole*, es decir, el derecho a la información va mucho más allá del discurso político, puesto que protege toda clase de discursos y expresiones, incluyendo las artísticas.

En segundo lugar, y coherente con esa justificación del derecho a la información, faculta al legislador ordinario (mediante una reserva de ley) para restringir ese derecho fundamental con el fin de asegurar “los derechos de los demás”, lo que nos vuelve a plantear el tema de los derechos de autor como restricciones legítimas al derecho a la información.

Por su parte, la CADH regula el derecho a la información en los siguientes términos:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

- 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁶⁷² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 427.

⁶⁷³ Margadant, Guillermo Floris, “La libertad de imprenta en el constitucionalismo norteamericano y en el mexicano” en VV.AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, IJ-UNAM, 1988, t. II, p. 1136.

⁶⁷⁴ Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 627, p. 153.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Valen para esta disposición los mismos comentarios hechos al PIDCP, respecto a la justificación basada en la autonomía de la voluntad (y la consecuente amplitud de la información protegida por este derecho), así como en relación a la reserva de ley para restringir el derecho a la información en aras de salvaguardar derechos de terceros.

Desde luego, hay una serie de ordenamientos infraconstitucionales que regulan el derecho a la información, como la anacrónica Ley sobre Delitos de Imprenta, la Ley Federal de Cinematografía, La Ley Federal de Radio y Televisión, diversas regulaciones civiles sobre los derechos de la personalidad, etc. Sin embargo, no las referiremos aquí por bastarnos las disposiciones iusfundamentales directamente estatuidas, para los fines del presente trabajo.

Una vez establecidas las principales disposiciones iusfundamentales relativas al derecho a la información, es momento de adentrarnos al estudio de la manera en que tal derecho interacciona con los derechos autorales.

10.1.4.- Sus relaciones con los derechos de autor.

Por sorprendente que pudiera parecer, sólo hasta tiempos recientes se comenzó a analizar a profundidad las relaciones entre el derecho a la información y los derechos de autor.

En forma particular, la doctrina y los tribunales tradicionalmente han partido de la base de que se tratan de instituciones jurídicas complementarias, sin cuestionarse sobre su posible incompatibilidad. Por ejemplo, la doctrina ibérica y latinoamericana normalmente sólo se había dedicado a estudiar los derechos de autor como un medio de *protección a los periodistas*, es decir, como un elemento del estatuto jurídico de los profesionales de la información⁶⁷⁵, o como una de las parcelas de estudio de la disciplina conocida como

⁶⁷⁵ Cousido González, María Pilar, *Derecho de la comunicación: derecho de la comunicación impresa*, Madrid, Colex, 2001, vol. I, pp. 135 y ss; Desantes Guanter, José María, "Capítulo 2: El principio de individualidad: el derecho de autor" en VV.AA., *Derecho de la información (II). Los mensajes informativos*, Madrid, Colex, 1994, pp. 29 y ss; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, pp. 263; Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, nota 627, p. 298 (con conclusiones equivocadas).

*derecho de la información*⁶⁷⁶; pero nada más, no se había hecho mayor cuestionamiento sobre su hipotética contraposición⁶⁷⁷.

Hugenholtz explica esta falta de estudio conjunto de los derechos de autor y del derecho a la información en los países de la corriente del *droit d'auteur*, por la reticencia de algunas jurisdicciones europeas de aplicar los derechos fundamentales a relaciones “horizontales” entre ciudadanos, aunada a la mística naturalista de la filosofía de protección a los autores⁶⁷⁸.

En la doctrina estadounidense fue Melville Nimmer, experto tanto en *copyright* como en libertad de expresión, quien en la década de 1970, por primera vez advirtió la posible incompatibilidad entre ambas figuras. Tal abogado señaló que no puede negarse que las leyes de derechos de autor reducen, en algún grado, la libertad de expresión⁶⁷⁹. Esto es lógico, en virtud de que los derechos exclusivos *impiden difundir* ciertos tipos de materiales (obras ajenas) sin la autorización del respectivo titular, lo que afecta el derecho a la información en su vertiente *derecho a informar*.

No obstante lo anterior, recientemente ha surgido un creciente interés académico sobre las relaciones entre los derechos de autor y el derecho fundamental a la información⁶⁸⁰, el cual se ha traducido en un debate donde dominan dos posturas opuestas: una que considera que los derechos de autor fomentan el derecho a la información, y otra que estima que los derechos de autor son contrarios al derecho a la información⁶⁸¹.

La verdad, como certeramente apuntó Nimmer, es que ambas posturas son, en esencia, correctas. Esto en virtud de que la relación entre los derechos de autor y el derecho

⁶⁷⁶ Luna Pla, Issa, “Derecho de la información como disciplina en México”, *Derecho comparado de la información*, México, IIJ-UNAM, núm. 9, enero-junio 2007, p. 178; López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 624, p. 174.

⁶⁷⁷ Situación parecida encontramos en los EUA. Resulta ilustrativa la anécdota del profesor Bloom, quien cuenta que en sus clases de *copyright* solía dedicar sólo 10 minutos para tratar el tema de la libertad de expresión, y que en su curso de libertad de expresión ni siquiera mencionaba al *copyright*. *Cfr.* Bloom Jr., Lackland H., “Copyright under siege: the first amendment front”, *Computer law review and technology journal*, vol. IX, núm. 1, otoño 2004, p. 41.

⁶⁷⁸ Hugenholtz, Bernt, “Copyright and freedom of expression in Europe”, <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/PBH-Engelberg.doc>, enero de 2008, p. 1.

Incluso, como nos explican Strowel y Tulkens, los más radicales defensores de los derechos de autor han alegado que estos son inmunes a la libertad de expresión. *Cfr.* Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Équilibrer la liberté d’expression et le droit d’auteur. À propos des libertés e créer et d’user œuvres” en Strowel, Alain, y Tulkens, François (coords.), *Droit d’auteur et liberté d’expression. Regards francophones, d’Europe et d’ailleurs*, Bruselas, De Boeck & Larcier, 2006, p. 9.

⁶⁷⁹ Nimmer, Melville B., “Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 431.

Para más detalles sobre la evolución de esta clase de estudios jurídicos en EUA, *cfr.* Garfield, Alan E., “The case for first amendment limits on Copyright Law”, *Hofstra law review*, EUA, vol. 35, 2007, p. 1169.

⁶⁸⁰ Barendt, Eric, “Copyright and free speech theory” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 11; Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 679, p. 1169; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 678, p. 7; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, pp. 457 y 458.

⁶⁸¹ “Today, copyright law and freedom of expression are generally perceived as conflicting sets of values”. Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 220.

a la información es *paradójica*, pues dichas figuras en algunos aspectos se limitan y en otros se promueven mutuamente⁶⁸².

A continuación daremos la explicación a esa paradójica (o ambigua⁶⁸³, en el mejor de los casos) relación, apoyándonos en el estudio más serio y objetivo que hemos encontrado, el libro *Copyright's paradox* de Neil Netanel, refiriéndonos primero a la función de los derechos de autor como incentivo al derecho a la información, para luego enfocarnos a su función como carga al derecho a la información.

10.1.4.1.- Los derechos de autor como incentivo del derecho a la información.

Como ya vimos en el apartado 1.3 del capítulo segundo de la presente investigación, la aparición del moderno derecho de autor significó un logro a favor de la libertad de expresión y en contra de la censura⁶⁸⁴, de ahí que tradicionalmente se haya visto a los derechos de autor y al derecho a la información, como figuras compatibles y complementarias⁶⁸⁵.

Concepción que encuentra su máxima expresión en el caso *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nations Enters* de 1985, en donde la Suprema Corte de EUA afirmó que el *copyright* era el motor de la libre expresión⁶⁸⁶. En el mismo tenor, el Pleno de nuestra

⁶⁸² Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 679, p. 431.

Sobre esta paradoja, también *vid.* Rosén, Jan, "Copyright and freedom of expression in Sweden – private law in a constitutional context" en Torremans, Paul (coord.), *Copyright law: a handbook of contemporary research*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 355.

⁶⁸³ Couto, Alexandra, "Copyright and freedom of expression: a philosophical map" en Gosseries, Axel, Marciano, Alain, y Strowel, Alain (coords.), *Intellectual property and theories of justice*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2008, p. 160.

⁶⁸⁴ *Cfr.* Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 48.

Mientras que Samuelson afirma que el Estatuto de la Reina Ana adoptó los valores de la ilustración y creó un sistema de *copyright* en donde la censura no tenía un lugar de honor. *Vid.* Samuelson, Pamela, "Copyright, commodification, and censorship: past as prologue – but to what future?" en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 67.

En este tenor, Gendreau indica que las primeras leyes autorales modernas implicaron un triunfo de la libertad de expresión de los autores sobre el control de la *Stationers Company* en Inglaterra y sobre los titulares de privilegios en Francia. *Cfr.* Gendreau, Ysolde, *op. cit.*, nota 681, p. 220.

Por tal razón, Geiger nos refiere que "since its origin, copyright has partly be considered as a means to guarantee free circulation of ideas within society. Far from being an egotistic right, copyright (and the author's right) was designed as a right vested with an important social function, which largely justifies its existence". Geiger, Christophe, "Author's rights, copyright and the public's right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)" en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 30.

⁶⁸⁵ Como bien indica Sundara, aunque los derechos de autor pudieran restringir en algunos casos la libertad de expresión, no se oponen a los valores mismos de esa libertad. *Cfr.* Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 228.

Inclusive, como afirma De Cock, derechos de autor y libertad de expresión tienen el mismo origen. *Vid.* De Cock Buning, Madeleine, "Expansion and convergence in copyright law" en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 48.

⁶⁸⁶ "(...) it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas". Sentencia de 20 de mayo de 1985, párrafo III.B.

SCJN, en el famoso caso *Regalías*⁶⁸⁷, señaló que la libertad de expresión es uno de los principios que informan los derechos de autor, y que estos derechos autorales encuentran sustento constitucional, entre otras disposiciones, en los aa. 6° y 7° de la Constitución⁶⁸⁸.

De hecho, por más que existan quienes lo quieran negar, los derechos de autor cumplen diversas funciones como incentivo al derecho a la información. Esas funciones son, de acuerdo con Netanel⁶⁸⁹, las siguientes: función de producción, función estructural y función expresiva. Repasemos brevemente cada una de ellas.

a) Función de producción.- Los derechos de autor (concretamente los de explotación) son incentivos económicos que fomentan que los autores y editores difundan obras al público⁶⁹⁰. Como, bien dice Aicher, cualquier clase de obra tiene un costo de producción, distribución y consumo, y los creadores requieren de motivaciones para crear⁶⁹¹. Incluso ahora, época en que Internet y otras tecnologías digitales abaratan los costos de producción y difusión de las obras, sigue existiendo un número considerable de creaciones que requieren cierta inversión de tiempo y dinero, que no se producirían si no se proporcionaran medios para recuperar esas inversiones (por ejemplo, numerosas películas, periodismo de investigación, programas de televisión, etc.)⁶⁹². Así, sin mecanismos de remuneración para autores y editores, existirían menos obras de ese tipo, lo que es contrario al derecho a la información e implicaría un sistema más pobre, al haber menos discursos u obras⁶⁹³.

Sin embargo, cabe señalar que esta función de producción no se reduce sólo a incentivos económicos, pues como correctamente afirman Ortlund y Schmücker, los

⁶⁸⁷ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007.

⁶⁸⁸ Cfr. las pp. 19 y 20 de esa sentencia.

⁶⁸⁹ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 82.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, pp. 84 a 86.

En este sentido, nos explica Rangel Medina: “si está protegido, el autor se verá estimulado para crear nuevas obras, enriqueciendo de esta manera la literatura, el teatro, la música, etcétera, de su país”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

Esa función también es explicada por Masiyakurima, Patrick, “The free speech benefits of fair dealing defences” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 237 y ss; y Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 248.

En contraposición, Tushnet indica que hay muchas obras que se crean sin que su incentivo sea la protección autorial. Cfr. Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 541.

⁶⁹¹ Aicher, William F., *Starving the artist. How the Internet culture of “free” threatens to exterminate the creative class, and what can be done to save it*, EUA, CreateSpace, 2010, p. III.

⁶⁹² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 86 a 88.

Lo mismo es advertido por el maestro Rangel, cuando nos refiere que “las inversiones que son necesarias, por ejemplo para la producción de películas o para la edición de libros, serán más fáciles de obtener si existe una protección efectiva”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

De hecho, la ausencia de derechos intelectuales llevaría a un empresariado parasitario que no invertiría en la creatividad y sólo esperaría a que un competidor lanzara algo al mercado para copiarlo. En este esquema, la inversión en creatividad únicamente se daría en casos excepcionales: “No one would invest in innovation or creation, except in a couple of cases where no other solution would be available, as it would give them a competitive disadvantage. All competitors would just wait until someone else made the investment, as they would be able to use the results as well without investing money in innovation and creation and without taking the risks”. Firth, Alison, “‘Holding the line’ – the relationship between the public interest and remedies granted or refused, be it breach of confidence or copyright” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 434.

⁶⁹³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 89.

derechos de autor pueden influir a los autores, incluso, en cómo estructurar estéticamente su obra y hacer estrategias sobre su forma de difusión⁶⁹⁴. Amén de que el saber que se protegerá la integridad de la obra (no tergiversándose las ideas del autor) y que se le reconocerá su esfuerzo creativo (paternidad), constituye también un incentivo para que los autores decidan crear. Se trata de incentivos no económicos, pero que, hasta cierto punto, también influyen en la decisión de crear y/o divulgar una obra.

Así, en relación con la función de producción de los derechos autorales, Sundara nos recuerda que si bien es cierto que en algunos casos la tutela a los autores puede afectar el acceso a la información, también es cierto que esa información se incorpora en productos intangibles que no existirían si no hubieran sido creados por un autor⁶⁹⁵.

b) Función estructural.- Los derechos de autor no sólo generan más cantidad de expresiones creativas (función de producción), sino también propician cierto tipo de emisores y de expresiones: fomentan voces independientes. En efecto, los derechos de autor sirven para financiar la creación y difusión de expresiones, sin necesidad de acudir a la nobleza o a las autoridades (y sin necesidad de comprometerse con su punto de vista), ya que se trata de derechos que fueron diseñados para generar un *sector expresivo* fuerte y *autodependiente* fuera del aparato estatal; lo que implica un sector central para la libertad de expresión, pues fomenta una discusión verdaderamente libre y sirve de guardián contra el abuso del poder estatal⁶⁹⁶.

De ahí que Akester afirme que: “Al proveer un mecanismo de recompensa que permita la creación de obras independientemente de un sistema de beneficencia, el derecho de autor fomenta la formación y expresión no censurada e imparcial de opiniones”⁶⁹⁷.

Cuando se estableció el moderno derecho de autor, por primera vez los creadores tuvieron la posibilidad de ganarse su sustento mediante la comercialización de su trabajo, y no a través del mecenazgo; por primera vez, los autores pudieron elegir los temas que les interesaba tratar y, encontrar así, su voz propia, sin tener que sujetarse a las agendas particulares de los mecenas y gobernantes⁶⁹⁸.

Esto es particularmente evidente en la Constitución mexicana, pues la palabra “autores” no sólo aparece en la cláusula constitucional de derecho intelectual (a. 28, párrafo noveno) y en las facultades del Congreso para legislar en la materia (a. 73, fr. XXV), sino también en el a. 7º (libertad de prensa), el cual proscribió que las leyes y autoridades exijan fianzas a los autores e impresores. Con tal disposición se observa la preocupación del constituyente de que no se callen las voces independientes de los autores, lo que a su vez nos demuestra la importancia de darles cierta protección a los creadores para que funcione el derecho a la información.

⁶⁹⁴ Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1776.

⁶⁹⁵ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 212.

⁶⁹⁶ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 89.

Vid. también Borghi, Mauricio, y Montagnani, María Lillà, *op. cit.*, nota 690, p. 248.

⁶⁹⁷ Akester, Patricia, “El proyecto de tratado de la OMPI sobre radiodifusión y su impacto en la libertad de expresión”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, abril-junio 2006, p. 34.

⁶⁹⁸ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 90 y 91.

Sobre los efectos culturales positivos que trajo la independencia respecto de los mecenas y la autofinanciación de los autores, *cfr.* Vessillier-Ressi, Michèle, “El oficio del creador”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre 1995, p. 11.

Por ende, por un lado hay un beneficio colectivo, pues el derecho a la información se ve estimulado al lograr que un autor produzca y difunda sus creaciones, pero por otro lado, como nos refiere Couto⁶⁹⁹, también se satisface la libertad de expresión de los autores, en tanto se les asegura que su obra no será usada sin su autorización.

c) Función expresiva.- Los derechos de autor expresan y simbolizan ciertos valores propios del derecho a la información y de la democracia liberal. En primer lugar, expresan el ideal de la ilustración relativo a individuos que exteriorizan sus ideas, y por ende, que aportan su distintiva personalidad y sus concepciones propias. En segundo lugar, los derechos de autor simbolizan el ideal republicano de ciudadanos que contribuyen al debate público. En tercer lugar, los derechos de autor encapsulan el ideal del “progreso”, pues para lograrlo se requiere acumular conocimiento y propiciar discusiones⁷⁰⁰.

Finalmente, y en abono a las tres funciones explicadas por Netanel, podemos afirmar que, si ya constatamos que el derecho a la información encuentra una de sus justificaciones en la autonomía individual (autoexpresión) y que esa es, quizás, la justificación de ese derecho con más calado en los tratados de derechos humanos⁷⁰¹, no es difícil ver que los derechos de autor incentivan esta función del derecho a la información, pues protegen la personalidad del autor expresada en su obra y, como bien dice Masiyakurima, hay una clara influencia entre la autorrealización y la protección de la personalidad de los autores⁷⁰².

De ahí que, oportunamente, Sundara indique que:

However, in relation to creative work, it is also important to recognize that the public is not dealing with expression and information in abstract terms: rather, the work emanates from a particular individual, in a particular form, and it represents the culmination of an individual, creative process⁷⁰³.

Por tanto, la autonomía individual o autorrealización es otra de las funciones de los derechos de autor que actúan como incentivo al derecho a la información, y nos demuestran la compatibilidad entre ambas figuras.

10.1.4.2.- Los derechos de autor como cargas del derecho a la información.

Los derechos de autor no sólo constituyen incentivos al derecho a la información, sino que, en algunos casos, pueden representar una carga para ese derecho fundamental.

Los derechos de autor limitan los contenidos discursivos que una persona puede emitir en ejercicio de su derecho a la información, pues para dar un mensaje, en principio, no se puede utilizar la obra (forma de expresión) de otras personas, sino debe hacerse con las propias palabras del informante. Como bien dice Jan Rosén:

anybody’s right to express himself must per definition be limited by the other’s copyright to the *form* of expression used by the speaker, that is if the speaker wishes to express himself or herself with the

⁶⁹⁹ Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 683, p. 160.

⁷⁰⁰ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 104 a 106.

⁷⁰¹ *Vid. supra* el apartado 10.1.2 del presente capítulo.

⁷⁰² Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 690, p. 244.

⁷⁰³ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 211.

original wording of someone else. Copyright as a limitation to freedom of expression can't be denied!⁷⁰⁴

En igual tenor, Faúndez Ledesma reconoce expresamente a los derechos de autor como restricciones al derecho a la información, apuntando que:

Si bien, en principio, la protección de la propiedad intelectual no afecta al contenido de la expresión, ella restringe la divulgación de información, e impone limitaciones en cuanto a su acceso y utilización⁷⁰⁵.

Mientras que el desaparecido profesor holandés, Guillermo F. Margadant, advirtió que los derechos de autor limitan las expresiones de todos aquellos que no son titulares del respectivo derecho autoral⁷⁰⁶. Por su parte, Susana Navas advierte: “Paladino aparece, pues, que el derecho de autor supone una traba, en muchos casos, a este derecho a informar”⁷⁰⁷.

Desde luego, estos elementos de conflicto entre libertad de expresión y derechos de autor siempre han existido, pero en tiempos recientes son más evidentes, insistentes y hasta nocivos⁷⁰⁸. En particular, y como veremos en el siguiente capítulo, se debate sobre el acceso y la circulación de información por Internet⁷⁰⁹.

Siguiendo a Netanel⁷¹⁰, las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información, pueden clasificarse en tres: cargas censoras, costos prohibitivos y cargas distributivas.

a) Carga censora.- Si bien los derechos de autor modernos nacieron como un instrumento contra la censura⁷¹¹, en la actualidad pueden ser utilizados por sus titulares como armas para silenciar algunas voces.

Este es el fenómeno que se conoce como “censura privada”, y se genera cuando el titular de los derechos de autor busca evitar la crítica, que se difunda información

⁷⁰⁴ Rosén, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 1.

⁷⁰⁵ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 635, p. 518.

Por su parte, Strowel y Tulkens afirman: “The conflict between copyright and freedom of expression is not imaginary. The issue rightly attracts academic attention for its genuine interest”. Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 489, p. 295.

Cfr. también Gross, Robin, “Intellectual property rights and the information commons” en Frank Jørgensen, Rikke (coord.), *Human rights in the global information society*, EUA, MIT, 2006, p. 109; Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 683, p. 160; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 458; Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 690, p. 241; Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 212; y Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 538.

Asimismo, *vid.* al análisis que de este conflicto hace el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (Perú), en la resolución 0372-2006/TPI-INDECOPI dictada el 21 de marzo de 2006, p. 17.

⁷⁰⁶ Margadant, Guillermo Floris, *op. cit.*, nota 673, p. 1126.

⁷⁰⁷ Navas Navarro, Susana, “Libertad de expresión, libertad de información y derecho de autor”, *Anuario de propiedad intelectual 2005*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2006, p. 401.

⁷⁰⁸ Lange, David, y Powell, Jefferson H., *No law: intellectual property in the image of an absolute first amendment*, EUA, Stanford Law Books, 2009, p. 305; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 684, p. 30; y Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, pp. 540 y 541.

⁷⁰⁹ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 587, p. 305.

⁷¹⁰ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 109 y 110.

⁷¹¹ *Vid. supra* la nota al pie 684 del presente capítulo, así como el apartado 1.3 del capítulo segundo.

embarazosa o que un tercero con ideas políticas o religiosas diferentes las manifieste, o, simple y sencillamente, los derechos de autor se utilizan por el titular como una respuesta agresiva contra sus competidores⁷¹². Un ejemplo clásico es el de la Iglesia de Cienciología, la cual, invariablemente, inicia juicios en contra de periodistas o detractores que difunden sus textos⁷¹³.

Asimismo, los derechos de autor pueden generar “auto-censura”, pues existen casos en que una persona decidirá no difundir cierto mensaje ante el riesgo de que se le demande por una supuesta violación a derechos de autor (incluso en el supuesto de que no exista tal violación), pues los meros costos de defenderse en juicio pueden servir para disuadir a la persona de emitir el mensaje⁷¹⁴. Aunque, desde luego, este *chilling effect* no es consecuencia exclusiva (ni siquiera propia) de los derechos de autor, sino más bien de la temeridad en el ejercicio abusivo de derechos y, principalmente, de los costos que las vías procesales implican para la defensa de cualquier tipo de derecho (no sólo del derecho a la información).

b) Costos prohibitivos.- En muchos casos si, para emitir un mensaje, se desea usar obras ajenas, debe ubicarse quién controla los derechos de autor, negociar una licencia y pagarla, lo que en varios supuestos puede implicar un costo prohibitivo, que se traduce en que el mensaje no se emita o se emita de una forma menos efectiva. Lo mismo puede suceder cuando el titular de derechos imponga un precio muy alto para permitir el uso de la obra⁷¹⁵.

Como una variante de los costos prohibitivos, podríamos también hablar de lo *costos de acceso*. Si ya vimos que, dada su evolución, el derecho a la información no sólo comprende la posibilidad de difundir información, sino también la facultad de recibirla, resulta que los derechos de autor (cada vez con más intensidad), se erigen como una barrera

⁷¹² Sobre el particular, apunta Goldstein: “Although its censorship function was dissipated with enactment of the Statute of Anne, copyright persists in its potential for conflict with first amendment. Dispensed by the government, copyright still constitutes the grant of a monopoly over expression”. Goldstein, Paul, “Copyright and the first amendment” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 434.

En general, sobre la censura privada, *cfr.* Gordon, Wendy J., “Copyright norms and the problem of private censorship” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 67 y ss.

También sobre este tópico, *vid.* Gross, Robin, *op. cit.*, nota 705, p. 109; Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 230; y Vaidhyanathan, Siva, *The anarchist in the library*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 186.

⁷¹³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 111 y 112.

Desde luego, esta clase de censura privada afecta menos al derecho a la información que la censura estatal, pues mientras que la segunda impide tajantemente la difusión del mensaje como tal, los derechos de autor no dan control sobre el mensaje en sí mismo, sino sólo sobre una de las muchas formas de expresar ese mensaje.

Así, los derechos de autor difícilmente pueden impedir que el mensaje (como tal) se difunda.

Empero, surge el tema de la efectividad discursiva, pues a veces el mensaje tendrá menor impacto si usamos una expresión propia a que si usamos la expresión (obra) ajena. Sobre este punto, *cfr. ibidem*, p. 112, e *infra* nota al pie 742 del presente capítulo.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 112.

En este sentido, Samuelson afirma: “Copyright can, of course, chill free speech and free expression even when copyright owners don’t sue, for a claim of copyright infringement has especially strong chilling effects on individuals and groups with modest financial resources”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 8.

⁷¹⁵ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 116, 140 y 141.

al acceso de cierta información. Esto es particularmente evidente con el advenimiento de Internet y la configuración del llamado “derecho de acceso”⁷¹⁶.

c) Cargas distributivas.- Algunos mensajes, para ser efectivos, requieren utilizar obras preexistentes. En este sentido, las cargas de usar obras ajenas son más pesadas para algunos emisores que para otros; esto en virtud de que una gran empresa con una amplia cartera de derechos de autor, tendrá un nutrido catálogo de obras para elegir cuáles incorporar a su mensaje (sin mayores costos) y tendrá un mejor poder de negociación para lograr el uso de obras cuyos derechos pertenecen a otras personas; en cambio, a una persona que no tenga ese beneficio le será más oneroso utilizar obras ajenas⁷¹⁷.

Por lo tanto, puede concluirse que, en determinadas circunstancias, los derechos de autor se oponen a las finalidades del derecho a la información. En consecuencia, en el siguiente apartado veremos cuáles han sido las respuestas jurídicas para atender tal problemática, y evaluaremos si han servido a tal propósito.

10.1.4.3.- Vías de atenuación de las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información. Función de las restricciones al derecho de explotación.

Así las cosas, al ser los derechos de autor *uno* de los incentivos al derecho a la información (pues como afirma Netanel, no es único⁷¹⁸), y al existir un derecho fundamental que ordena la protección de los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible (como ya vimos en el capítulo previo⁷¹⁹), no puede sostenerse que el derecho a la información exija la desaparición de los derechos de autor. Como bien dice Netanel, *los beneficios que los derechos de autor traen al derecho a la información, pesan más que sus costos*⁷²⁰. De ahí que “el derecho de autor y la libertad de expresión no deben tenerse como sustentadores de principios opuestos”⁷²¹.

⁷¹⁶ Estos temas se tratan a detalle en el siguiente capítulo de este trabajo.

⁷¹⁷ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 144, 147 y 152.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 83 y 107.

En tal tenor, Geiger admite sin tapujos: “one can even say that copyright’s goal is, at least partly, to guarantee the public’s right to information”. Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 684, p. 32.

Asimismo, *vid.* Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 540.

⁷¹⁹ *Cfr.* en particular el apartado 6.

⁷²⁰ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 10.

En igual sentido, *cfr.* Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 458.

Por su parte, Ortland y Schmücker recalcan los aspectos positivos de los derechos de autor: “More important, and in some aspects less explored, are the ‘positive’, productive effects of copyright on artistic practices”. Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, *op. cit.*, nota 694, p. 1776.

⁷²¹ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 33.

La misma profesora también indica: “At a conceptual level, the rights that underpin access to information and copyright protection are linked within a perpetual cycle of discovery, enlightenment and creation. Freedom of expression, information, science and art promotes this cycle and, as such, is not only an essential element of man’s spiritual freedom and of a democratic society⁸, but also vital for the existence of a dynamic and self-renewing environment of information, knowledge and culture. This process continuously leads to the creation of scientific, literary and artistic production, which may be protected by copyright law. In turn, copyright law provides an incentive/reward mechanism, which aims to promote cultural productivity. Hence, both access to information and copyright protection subsist within the same cultural and creative

Inclusive, nuestro sistema jurídico contempla la posibilidad de que el derecho a la información sea restringido para salvaguardar los derechos de autor. En efecto, la Constitución mexicana, el PIDCP y la CADH, permiten que el legislador ordinario restrinja el derecho a la información para salvaguardar derechos de terceros (como los derechos de autor)⁷²².

Por consiguiente, más que propugnar por la desaparición de los derechos de autor, el *quid* del asunto es disminuir o reducir, en la mayor medida de lo posible, las cargas que los derechos de autor le significan al derecho a la información. Sobre este particular, en el último capítulo de la presente investigación exponemos nuestra propuesta para lograr tal objetivo.

No obstante, cabe decir que la teoría general del derecho de autor y las legislaciones del mundo han generado diversos instrumentos o salvaguardas para aminorar esas afectaciones al derecho a la información, a las cuáles se les ha llamado, metafóricamente, “válvulas de escape” o “válvulas de seguridad”⁷²³.

Esas válvulas de escape son: la dicotomía “expresión/contenido” (sobre la cual ya ahondamos en el apartado 3.5 del capítulo segundo), el agotamiento de la facultad de distribución, la temporalidad del derecho de explotación (aunada a la figura del dominio público) y, además, las restricciones al derecho de explotación⁷²⁴.

De todas ellas, destacan la dicotomía “expresión/contenido” y las restricciones al derecho de explotación. La primera, porque los derechos de autor no regulan el mensaje en sí mismo, sino sólo las formas en que se *expresa* el mensaje. Las segundas, porque, como ya vimos en el presente capítulo, facultan para usar las obras sin necesidad de requerir autorización.

De hecho, muchas de las principales restricciones al derecho de explotación tienen como propósito salvaguardar el derecho a la información (en detrimento de los intereses del autor o titular derivado), como sucede con el derecho de cita⁷²⁵, la copia privada⁷²⁶, la

domain”. Akester, Patricia, “The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture”, estudio encargado por la UNESCO para la 14° sesión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, junio 2010, p. 2.

Cfr. también Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, p. 40.

⁷²² Inclusive, siguiendo la línea de pensamiento fijada por la SCJN, restricciones de este tipo serían muy viables tratándose de obras de entretenimiento, en donde la Corte ha determinado que la protección de la libertad de expresión es más débil, por alejarse de su núcleo básico de tutela. Cfr. las notas al pie 645 y 646 del presente capítulo.

⁷²³ Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 489, pp. 294 y 295; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 34; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 544; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

⁷²⁴ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 721, p. 3; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 34; Bloom Jr., Lackland H., *op. cit.*, nota 677, pp. 49 y 61; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 678, pp. 6 y 7; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 684, p. 32; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 458; Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, p. 134; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 63; Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, pp. 25 y 26; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 544; Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 704, p. 2; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 553; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 25; Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 678, p. 17; Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 11; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 587, p. 293.

⁷²⁵ De Carreras Serra, Lluís, *Derecho español de la información*, España, UOC, 2006, p. 385; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117,

parodia⁷²⁷ las informaciones de actualidad⁷²⁸, la utilización de obras visibles desde lugares públicos⁷²⁹, etc.

Por tal razón, Couto afirma que difícilmente la satisfacción de la libertad de expresión requiere que se reproduzca una obra en casos diferentes a los que las propias leyes de derechos de autor lo permiten⁷³⁰.

La existencia de tales válvulas de escape es, probablemente, la razón por la que los tribunales que han analizado las relaciones entre el derecho a la información y los derechos de autor, han sido reacios en salir de la legislación autoral y aplicar directamente las normas propias del derecho a la información (normas iusfundamentales).

Por ejemplo, en los EUA, la Suprema Corte ha determinado que la protección a la libertad de expresión ya está incorporada en la propia *Copyright Act* al distinguir entre “expresión” y entre “hechos e ideas” (que no son tutelables)⁷³¹, postura que reiteró en el caso *Eldred*, al afirmar que la referida ley ordinaria contiene salvaguardas internas a la libertad de expresión, lo que hace innecesario someter el régimen de *copyright* al escrutinio de la primera enmienda⁷³². Por lo que resulta claro que, en ese país, el derecho a la información ha tenido poco impacto en temas de derechos de autor⁷³³.

En Alemania, si bien algunos jueces de distrito han invocado el a. 5° de la Ley Fundamental de Bonn (derecho a la información) para permitir ciertos usos no autorizados de obras, el Tribunal Supremo ha sido más cauto, como se puede apreciar en el caso *Lili Marleen*⁷³⁴, donde resolvió que el a. 5° constitucional no servía como defensa en un asunto

p. 481; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 286, p. 168; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 37; Pereira dos Santos, Manoel J., *op. cit.*, nota 724, p. 27.

⁷²⁶ López Richart, Julián, “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 185; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1070 y 1071; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 74 y 75; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

⁷²⁷ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 114; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 81; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 483, p. 278; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 37; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 28.

⁷²⁸ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 110; De Carreras Serra, Lluís, *op. cit.*, nota 725, p. 390; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Navas Navarro, Susana, *op. cit.*, nota 707, p. 402; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 91; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 286 y 287; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 25.

⁷²⁹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; De Carreras Serra, Lluís, *op. cit.*, nota 725, p. 391.

⁷³⁰ Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 683, p. 172.

⁷³¹ Caso *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nations Enters* de 1985.

⁷³² *Eldred v. Ashcroft* de 2003.

Aunque en este asunto, la Suprema Corte dejó abierta la puerta para acudir a la primera enmienda cuando alguna reforma legislativa vaya más allá de los contornos tradicionales del *copyright*. Cfr. Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 679, p. 1174; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 534, p. 320; y Netanel, Neil Weinstock, “Copyright and the first amendment: what *Eldred* misses – and portends” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 151.

En este sentido, en el caso *Golan v. Gonzales* de 2007, el Tribunal del Décimo Circuito determinó que el restablecimiento del *copyright* sobre obras del dominio público (previsto en el a. 104A de la legislación estadounidense) implica una alteración de los contornos tradicionales del *copyright*, por lo que dicha disposición puede someterse al escrutinio de la primera enmienda.

⁷³³ Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 679, p. 1171.

⁷³⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1985.

de derechos de autor, pues la protección a la libertad de prensa ya está incorporada en la legislación autoral alemana. Sin embargo, también dejó abierta la puerta para que se tomen en cuenta restricciones a los derechos de autor no previstas en la ley, aunque sólo en casos excepcionales e inusuales de necesidad urgente de información⁷³⁵.

En el Reino Unido destaca el caso *Ashdown*⁷³⁶, en donde el tribunal de apelación, luego de desechar las defensas de *fair dealing* e interés público, salió de la legislación autoral y analizó el asunto con base a la *Human Rights Act*, concluyendo que el *copyright* toma en cuenta las necesidades de la libertad de expresión⁷³⁷, por lo que sólo en casos muy raros se presentará un verdadero conflicto entre esos derechos, dejando la puerta abierta para que, en esos asuntos, la libertad de expresión pueda actuar como una salvaguarda externa al *copyright*⁷³⁸.

A decir de Rosén, el asunto *Ashdown* ilustra la posición prevaleciente de la judicatura europea en general: renuencia a aplicar normas constitucionales y de derechos humanos a casos sobre derechos de autor, prefiriendo resolverlos mediante la interpretación de las restricciones al derecho de explotación⁷³⁹.

Netanel indica que los tribunales están en lo correcto al afirmar que las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información se pueden reducir a través de las diversas salvaguardas que otorgan las propias legislaciones autorales (incluyendo las restricciones al derecho de explotación). Sin embargo, el problema es que esas salvaguardas *no son siempre suficientes* para resolver el problema⁷⁴⁰.

A reserva de que en el siguiente capítulo sometamos a examen el actual sistema de restricciones al derecho de explotación, para ver si en realidad sirve para salvaguardar el derecho a la información, cabe aquí destacar algunos puntos por los que las salvaguardas mencionadas no son suficientes.

En primer lugar, se ha cuestionado la dicotomía “expresión/contenido” y la máxima de no protección de las ideas e información que de tal dicotomía se desprende, pues como ya vimos en el capítulo segundo de este trabajo⁷⁴¹, hay casos en que es muy difícil distinguir entre expresión y contenido, incluyendo aquellos en los que ha habido una fusión entre ambos elementos, como también existen situaciones en que es imperativo utilizar la expresión (y no sólo el contenido) para que el mensaje tenga el impacto necesario⁷⁴².

⁷³⁵ En general, *vid.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 678, pp. 9 y 10.

⁷³⁶ *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* de 2002.

⁷³⁷ En particular, en el párrafo 31 de la sentencia, el tribunal afirmó: “It is important to emphasise in the present context that it is only the form of the literary work that is protected by copyright. (...) Thus it is only the freedom to express information using the verbal formula devised by another that is prevented by copyright. This will not normally constitute a significant encroachment on the freedom of expression. (...) It is stretching the concept of freedom of expression to postulate that it extends to the freedom to convey ideas and information using the form of words devised by someone else”.

⁷³⁸ Para más datos sobre este caso, *vid.* Derclaye, Estelle, “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 143; Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 680, pp. 15 y 22; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 524, p. 202; Gendreau, Ysolde, *op. cit.*, nota 614, p. 233; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 587, pp. 297 a 299.

⁷³⁹ Rosén, Jan, nota 682, p. 364.

⁷⁴⁰ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 170.

⁷⁴¹ Apartado 3.5.

⁷⁴² *Cfr.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 24 y ss; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 588, p. 4; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 559, p. 549; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 587, p. 298.

Si bien es cierto esto, reiteramos lo ya dicho en el sentido de que la dicotomía “expresión/contenido” sigue siendo plenamente aplicable en los casos fáciles de distinción entre expresión y contenido. Por lo tanto, en toda esa gama de asuntos, la dicotomía “expresión/contenido” es una herramienta adecuada y suficiente para evitar que los derechos de explotación afecten el derecho a la información, solucionándose así el problema en esos supuestos.

No obstante, persiste la problemática para los asuntos en que la dicotomía “expresión/contenido” no sirve para resolver la cuestión por las razones ya apuntadas. En este sentido, si dicha dicotomía fuera la única salvaguarda del derecho a la información frente a los derechos de explotación, podría válidamente pensarse en una afectación seria o desproporcionada al primer derecho.

Sin embargo, como nos recuerda Bloom, la dicotomía “expresión/contenido” es sólo una primera línea o estrato de defensa del derecho a la información, pero no la única; de tal forma que si dicha herramienta no fue útil para resolver la cuestión, pasamos a una segunda línea, que serían las restricciones al derecho de explotación⁷⁴³. Incluso, desde un punto de vista litigioso, las restricciones al derecho de explotación se vuelven más relevantes, pues son pocas las demandas en donde los autores alegan uso de ideas o información, sino que la mayoría de las reclamaciones están más enfocadas a casos de uso no autorizado de las formas de expresión⁷⁴⁴.

Desde luego, la figura de las restricciones a los derechos de explotación tiene sus detractores⁷⁴⁵, y se cuestiona si esta segunda línea de defensa es efectiva para disminuir las afectaciones que los derechos de autor generan al derecho a la información⁷⁴⁶.

El propio Nimmer reconoce que hay casos en donde el derecho a la información exige la difusión, no sólo del contenido, sino también de la expresión, debiendo prevalecer tal libertad sobre los derechos de autor. Y esto lo ejemplifica con las fotografías de la masacre de My Lai, donde el impacto visual que generan es una contribución única e irremplazable para el diálogo democrático, pues ninguna cantidad de palabras puede describir el alcance de esa masacre. *Vid.* Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 679, p. 434.

En el mismo sentido, *cf.* Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 469, p. 459.

Vid. también, Vaidhyanathan, Siva, *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, pp. 30 y ss; y Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 690, p. 237.

⁷⁴³ “Even so, if the idea/expression dichotomy were the only buffer that copyright provided between protected speech and liability for infringement, then perhaps the uncertainty of the standard would in fact raise legitimate constitutional concerns. But it must not be forgotten that in those instances in which it has been established that a defendant did use the copyright owner’s protected expression, rather than merely his ideas, the fair use defense will almost inevitably provide a second line of defense. I have argued that Professor Nimmer and the Supreme Court are correct in believing that the idea/expression dichotomy goes a long way toward obviating any free speech problems presented by copyright’s restriction on the use of protected expression without consent of the copyright owner. That, of course, is only half of the equation. If anything, the back stop of the fair use doctrine is even more significant in ensuring that copyright law does not trample free speech values”. Bloom Jr., Lackland H., *op. cit.*, nota 677, p. 53.

⁷⁴⁴ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 524, p. 25.

⁷⁴⁵ Por ejemplo, Lessig estima que esta figura se limita al derecho de contratar un abogado para defender en juicio el derecho a crear. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 560, p. 187.

Vid. también, Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 63 a 66.

⁷⁴⁶ “It remains debatable whether fair use can be legitimately considered an element of free expression. Since, in its nature, ‘fair use’ is not an enabling right, but rather a defensive one, authors have tended to disagree on this point. While courts are yet to decide this point, they still seek to avoid resorting to the First Amendment *per se* by invoking the fair use doctrine”. Balganes, Shyamkrishna, “Copyright and free

Consideramos, en principio, que esta institución es de un alto grado de utilidad para lograr dicho fin, pues como ya vimos al repasar las restricciones previstas en la legislación mexicana, existen varias que sirven para salvaguardar el derecho a la información, como por ejemplo, el derecho de cita.

Así las cosas, de que las restricciones al derecho de explotación tienen alguna utilidad, no cabe la menor duda. El *quid* del asunto es saber si esas restricciones, como se regulan actualmente, son suficientes o no⁷⁴⁷. Es decir, cabe preguntarnos si el estatus contemporáneo de las restricciones nos permite salvaguardar todos los casos en que deba prevalecer el derecho a la información, y si sirven, además, para resolver otro tipo de amenazas al mismo, como en muchos casos sucede con las medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección (sobre las que se ahonda en el siguiente capítulo) son aplicaciones que impiden el acceso, la reproducción o ciertos usos de las obras, es decir, son una protección fáctica (adicional a la jurídica). En los casos en que el derecho a la información requiera el uso de una expresión, esto puede verse obstaculizado por la medida tecnológica de protección, que impediría tal uso, incluso en los supuestos en que una norma jurídica permitiera esa utilización (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación)⁷⁴⁸.

Otro ejemplo es cuando, contractualmente, el usuario de una obra se compromete a no valerse de ninguna restricción al derecho de explotación, por ejemplo, como cuando al celebrar una licencia de *software*, el licenciataria se obliga a no realizar copias privadas, ni investigar las ideas subyacentes del *software*, etc. Estamos frente a la renuncia o inaplicabilidad de las restricciones al derecho de explotación por pacto contractual, lo que amplía el alcance de la protección del titular del derecho de explotación⁷⁴⁹. La validez de esas renunciaciones contractuales también ha sido un tema de debate.

En conclusión, si bien todo apunta a que la dicotomía “expresión/contenido” y el sistema actual de restricciones no resuelven todas las hipótesis en que deba prevalecer el derecho a la información por sobre los derechos de explotación⁷⁵⁰, tampoco puede obviarse que ambas salvaguardas (que, en conjunto, nos resuelven un buen número de casos) son útiles para solucionar muchas de las tensiones que se generan entre los derechos de explotación y el derecho a la información⁷⁵¹. En el siguiente capítulo haremos algunas

expression: analyzing the convergence of conflicting normative frameworks”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 4, núm. 1, otoño 2004, p. 68.

⁷⁴⁷ Esta cuestión la abordaremos en el siguiente capítulo.

⁷⁴⁸ Para más detalles sobre esta cuestión, *vid.* Balganesch, Shyamkrishna, *op. cit.*, nota 746, p. 77; Bloom Jr., Lackland H., *op. cit.*, nota 677, p. 60; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 70 y ss; Velázquez Vértiz, Sergio, “Las obras en formato digital y las medidas tecnológicas de protección” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, III-UNAM, 2009, p. 184.

Cfr. infra el apartado 3.2.4 del capítulo cinco.

⁷⁴⁹ *Vid.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 67 y ss; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, pp. 386 y 387; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 3 y ss.

⁷⁵⁰ En este sentido, Pamela Samuelson indica: “Occasionally, fair use and the idea/expression distinction have failed to preserve as much harmony between copyright and free expression principles as society seem desirable”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, 684, p. 64.

También Couto se refiere a la necesidad de encontrar respuestas, en los casos de frontera o zonas grises donde no se resuelve el conflicto. *Cfr.* Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 683, p. 172.

⁷⁵¹ *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 592.

propuestas sobre otras figuras de las que podemos echar mano para completar esa salvaguarda y cerrar el círculo.

Desde luego, tampoco debemos de olvidar que los derechos de explotación encuentran su sustento en el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral⁷⁵², el cual exige proteger los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible. Esto no debe perderse de vista, pues no siempre que nos encontremos frente a un interés protegido por el derecho a la información, automáticamente deben afectarse los derechos de los autores⁷⁵³, pues podría vulnerarse el núcleo esencial del derecho a la protección jurídico-autoral e, incluso, vaciarse su contenido. Por lo tanto, habrá casos en que el derecho a la información deba ceder frente a los intereses materiales de los autores, cuando esto se encuentre justificado.

Como acertadamente afirma Sundara, ni la libertad de expresión ni los derechos de los autores son absolutos⁷⁵⁴. Se trata, como ya se ha dicho varias veces, de una cuestión de equilibrio⁷⁵⁵.

10.2.- El derecho a la cultura.

Los derechos de autor no sólo colisionan con el derecho a la información, sino también con el derecho a la cultura⁷⁵⁶ (al menos con algunas de sus facultades); y de hecho, esta colisión es más frontal y directa, pues mientras en el primer caso la dicotomía “expresión/contenido” (de la que se deriva la máxima de no protección de las ideas y la información) permite un alto grado de compatibilidad entre el derecho a la información y el derecho de explotación, tal salvaguarda poco ayuda cuando estamos frente al derecho a la cultura, ya que este exige, entre otras cosas, el acceso no sólo a las ideas, sino también (y acaso con mayor énfasis) a las formas expresivas.

Así, mientras el derecho de explotación da un control sobre ciertas expresiones humanas, el derecho a la cultura ordena el acceso a esas expresiones y el beneficio universal de ellas. Por ende, resulta mucho más difícil compatibilizar esos derechos, que el armonizar los derechos de explotación con el derecho a la información.

A tal dificultad hay que sumar que el derecho a la cultura es relativamente reciente, su contenido no es preciso, no ha tenido una regulación adecuada, se le ha estudiado poco y hay escasa jurisprudencia en el ámbito comparado⁷⁵⁷.

⁷⁵² El cual se analizó en el capítulo tercero de la presente investigación.

Cfr. sobre esa fundamentación, Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 33.

⁷⁵³ A pesar de ser muy críticos con los derechos de autor, Burrell y Coleman opinan que: “the assumption that copyright should give way to freedom of expression in all circumstances where the two collide would still lead to the introduction of an incredibly broad free speech exception (...), such a broad exception might result in the under-protection of some types of copyright subject matter”. Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 19.

⁷⁵⁴ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 211.

⁷⁵⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 592.

⁷⁵⁶ “Copyright must not only deal with free speech concerns but also reconcile itself with the right to culture”. Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 489, p. 313.

⁷⁵⁷ Acertadamente afirma Stavenhagen: “Una de las áreas menos desarrolladas y consolidadas del sistema internacional de protección a los derechos humanos es el que se refiere a los derechos culturales. Los textos clásicos hacen solamente referencias someras a esta temática y su conceptualización es vaga y a veces ambigua. En el nivel nacional no es menos problemática la situación ya que en nuestra legislación los derechos culturales prácticamente no figuran; lo mismo sucede en otros países”. Stavenhagen, Rodolfo,

No obstante lo anterior, existen varias restricciones al derecho de explotación que encuentran su fundamento en el derecho a la cultura, por lo que es importante analizar este último derecho y tratar de explicar sus interacciones con los derechos de autor.

10.2.1.- *El derecho a la cultura: planteamiento e interrogantes.*

El primer obstáculo que nos genera el derecho a la cultura, es la noción misma de “cultura”, la cual ha sido uno de los grandes problemas a los que se enfrentan disciplinas como la antropología o la sociología y, como consecuencia, el derecho⁷⁵⁸.

En este sentido, explica Ávila Ortiz:

El vocablo cultura, el cual se presenta como uno de los de más difícil tratamiento en la teoría y en la práctica social de nuestro tiempo, encuentra su raíz etimológica en la antigua Grecia y su despliegue polisémico en los últimos dos siglos⁷⁵⁹.

Y es que, en efecto, la expresión “cultura” tiene un amplio contenido y una multitud de acepciones⁷⁶⁰, como bien se puede contrastar de la definición proporcionada por la Real Academia Española:

Cultura. (Del lat. *cultūra*). f. cultivo. 2. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. 3. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. 4. ant. Culto religioso. ~ física. f. Conjunto de conocimientos sobre gimnasia y deportes, y práctica de ellos, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales. ~ popular. f. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo⁷⁶¹.

La dificultad antes señalada también fue apuntada por el Comité DESC en su observación general 21 sobre el derecho de toda persona a tomar parte en la vida cultural (2009)⁷⁶², afirmando dicho órgano que “cultura” es un concepto dinámico, pero que, para fines normativos, puede considerarse que agrupa el estilo de vida, el idioma, la literatura

“Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.

⁷⁵⁸ Harvey califica como uno de los principales escollos de la legislación cultural la delimitación teórica y conceptual de “cultura”. Cfr. Harvey, Edwin R., *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 46.

⁷⁵⁹ Ávila Ortiz, Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Miguel Ángel Porrúa / UNAM, 2000, p. 23.

En igual sentido, Sánchez Cordero nos refiere: “El término de ‘cultura’ no es fácilmente asible e invoca conocimientos, sentimientos y valores encontrados”. Sánchez Cordero, Jorge, “La reforma constitucional en materia de cultura. Nuevas perspectivas del patrimonio cultural mexicano” en Arriaga, Carol B., y Carpizo, Jorge (coords.), *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, México, FD-UNAM / IJJ-UNAM, 2010, p. 446.

⁷⁶⁰ Anguita Villanueva, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura” en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus / Fundación AISGE / Museo del Traje / Ministerio de Cultura, 2005, p. 55.

⁷⁶¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 22a. ed., Real Academia Española / Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 714.

⁷⁶² Documento E/C.12/GC/21.

escrita y oral, la música, la religión y las creencias, juegos y deportes, comida, los ambientes creados por los seres humanos, las artes, etc⁷⁶³.

Al final, podemos resumir (y en cierto grado, simplificar) todo lo antes dicho, para reducir la cultura a una *acepción amplia* que abarcaría todo lo creado por el ser humano, es decir, la cultura como sinónimo de civilización⁷⁶⁴ (de ahí la frase “cultura es todo aquello que no es natura”⁷⁶⁵), y a una *acepción estricta* identificada con el arte, la ciencia, la educación, etc⁷⁶⁶. Esta última es la que más nos interesa ahora, dado el carácter de productos culturales que tienen las obras protegidas por derechos de autor.

Una vez que ya avanzamos sobre la noción de “cultura”, nos referiremos, ahora sí, al derecho a la cultura. De entrada, no hay consenso en la doctrina sobre si hay varios derechos culturales⁷⁶⁷ o un solo derecho a la cultura⁷⁶⁸, como tampoco hay acuerdo sobre su alcance y contenido.

Por ejemplo, para unos, el derecho a la cultura abarca el acceso y participación en la vida cultural de la comunidad, así como el disfrute de los bienes culturales⁷⁶⁹. Para otros, el derecho a la cultura comprende el acceso a la literatura, las artes y el saber; el disfrute de los mismos; el emprender actividades intelectuales y estéticas; etc⁷⁷⁰. Mientras que Carbonell y Rodríguez consideran que los derechos culturales aseguran al individuo su acceso a la educación y su participación libre en la vida cultural, el goce de creaciones artísticas y de los beneficios de los progresos intelectuales y artísticos, incluyendo la protección de los intereses materiales y morales sobre las creaciones de los autores⁷⁷¹.

⁷⁶³ Párrafos 10 a 13.

⁷⁶⁴ Anguita Villanueva, Luis, *op. cit.*, nota 760, p. 57; Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 759, pp. 25 y 26.

⁷⁶⁵ De esta forma, la cultura sería el dominio propio del ser humano, en oposición al mundo natural, incluyendo todo proceso de actividad humana, así como sus resultados (arte, lenguaje, religión, industria, derecho, etc.). *Cfr.* Altieri, Angelo, “Qué es la cultura” en VV.AA., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, México, Cajica, 2002, vol. I, p. 13.

Cfr., asimismo, Almqvist, Jessica, *Human rights, culture and the rule of law*, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 42.

⁷⁶⁶ Häberle, Peter, *El estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, IJ-UNAM, 2003, p. 242.

Vid. también Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 759, pp. 26 y 27.

Inclusive, esta concepción puede ser todavía más restringida, para entender por cultura “la estricta creación artística o intelectual”. *Cfr.* Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 759, p. 446.

⁷⁶⁷ Por ejemplo, Häberle habla de los “derechos fundamentales culturales”. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 766, pp. 238 y ss.

Mientras que Cortés también se refiere en plural de “derechos culturales”. *Vid.* Cortés Suaza, Gustavo, “Los derechos culturales en el ordenamiento jurídico de Colombia”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 8, invierno 2002-2003, pp. 51 y ss.

En igual sentido, Ávila Ortiz, Raúl, “Hacia la consolidación constitucional de los derechos culturales en México” en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2004, pp. 294 y ss.

⁷⁶⁸ Por ejemplo, Dorantes Díaz, Francisco Javier, “El derecho a la cultura”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 4, otoño 2001, pp. 107 y ss.

⁷⁶⁹ Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 758, pp. 7 y 8.

⁷⁷⁰ Robertson, A.H., “Los derechos humanos y la cultura”, *Culturas*, vol. V, núm. 1, 1978, citado por Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 759, p. 56.

⁷⁷¹ Carbonell, Miguel, y Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Voz “Derechos culturales” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IJ-UNAM, 2005, p. 160.

Por su parte, la *Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales*⁷⁷², señala diversas facultades o derechos, entre los que se encuentran:

- Derecho a elegir y a que se respete su identidad cultural en la diversidad de modos de expresión (a. 3.a);
- Derecho a conocer y a que se respete su propia cultura (a. 3.b);
- Derecho a acceder a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diversas culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras (a. 3.c);
- Derecho de acceder y participar en la vida cultural (a. 5.a);
- Libertad de expresarse en los idiomas de su elección (a. 5.b);
- Libertad de desarrollar y compartir conocimientos, y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios (a. 5.b);
- Derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras fruto de su actividad cultural (a. 5.b);
- Entre otros.

Ilustrativa resulta la clasificación de De Lucas, quien nos dice que no debemos confundir los derechos culturales con el derecho a la cultura en sentido estricto. Este último sería uno de tantos derechos culturales y consistiría en el derecho al propio patrimonio y herencia cultural. Dentro de los otros derechos culturales estarían el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la participación en la vida cultural, los derechos a la protección de las creaciones artísticas, etc⁷⁷³.

Conforme a lo anterior, podemos aventurarnos a decir que existe un derecho a la cultura *lato sensu*, que estaría integrado por un haz de facultades: el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la cultura *stricto sensu*, el derecho a participar en la vida cultural, etc.

De esa manera, se logra una visión global y se

impone una concepción integral de los derechos culturales, que ha de comprender la totalidad de los derechos que tienen que ver con los procesos culturales: las libertades de creación artística, científica y de comunicación cultural, los derechos de autor, el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la identidad y a la diferencia cultural, el derecho a la conservación del patrimonio cultural⁷⁷⁴.

En cuanto a las facultades que más nos interesan para efectos de la presente investigación, estas son las conocidas como “derecho de acceso a la cultura” y “derecho de

⁷⁷² Elaborada por un grupo de expertos de la Universidad de Friburgo, Suiza, y promovida por la UNESCO. Fue adoptada el 7 de mayo de 2007 y se han adherido a ella muchos individuos e instituciones preocupadas por la protección de la cultura y los derechos que se derivan de tal tutela.

⁷⁷³ De Lucas, Javier, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?” en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 303 a 305.

⁷⁷⁴ Prieto de Pedro, Jesús, “Derechos culturales: el hijo pródigo de los derechos humanos”, *Crítica*, España, núm. 952, marzo 2008, pp. 20 y 21.

participar en la vida cultural”. Como indica Harvey, la primera de esas facultades es pasiva y consiste en acceder y gozar de la cultura, en cambio la segunda es activa, e implica tomar parte, crear y contribuir a la cultura⁷⁷⁵.

En este sentido, y para individualizar esas dos facultades del derecho a la cultura, en 1976 la UNESCO emitió la *Recomendación Relativa a la Participación y Contribución del Pueblo en la Vida Cultural*, en la que se definió el acceso a la cultura como “la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y *disfrutar los valores y bienes culturales*” (énfasis añadido); mientras que la participación en la vida cultural fue definida como “la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de *expresarse, comunicar, actuar y crear libremente*, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad” (énfasis añadido). Estas dos nociones nos serán de suma utilidad al contrastar el derecho a la cultura con los derechos de explotación.

En otro orden de ideas, no debemos perder la oportunidad de reiterar que los derechos culturales son derechos⁷⁷⁶, pues si bien se les han opuesto las mismas objeciones que a los derechos económicos y sociales, se encuentran en peor situación, dado que a los derechos culturales se les ha prestado mucha menor atención⁷⁷⁷ (y esa poca atención casi siempre se limita a alusiones retóricas sobre el patrimonio cultural, y en tiempos recientes, a las culturas indígenas), al grado que se habla de los derechos culturales como una categoría *subdesarrollada* de derechos fundamentales⁷⁷⁸.

A mayor abundamiento, los derechos culturales no son sólo derechos, sino que, además, son de los que califican como “fundamentales”, dada la importancia que tiene la cultura en la vida de las personas⁷⁷⁹. Se dice que los derechos culturales encontraron su

⁷⁷⁵ Harvey, Edwin R., “Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”, Ginebra, Comité DESC, 40a. sesión, 28 de abril a 6 de mayo de 2008, p. 6.

Incluso, seccionando el a. 27.2 de la DUDH el derecho de acceso de la cultura lo encontramos en su texto cuando se refiere al derecho “a gozar de las artes”, mientras que el derecho a participar en la vida cultural se plasma con la fórmula “tomar parte libremente en la vida cultural”.

⁷⁷⁶ De Lucas, Javier, *op. cit.* nota 773, p. 299.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 297.

⁷⁷⁸ Symonides, Janusz, “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Derechos humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, núm. 74, julio-agosto 2005, p. 53.

⁷⁷⁹ *Cfr.* Buganza González, María del Carmen, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006, p. 68; y Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, p. 33.

En este tenor, Prieto de Pedro nos explica: “La necesidad de incorporar los derechos culturales en los derechos fundamentales descansa en la altísima importancia política, social y científica que ha adquirido lo cultural hoy, tras un proceso desarrollado principalmente en la segunda mitad del siglo pasado. Al viejo ideal ilustrado –de la cultura como factor esencial del desarrollo personal– se añade ahora su valor como factor de igualdad y solidaridad, de integración social y del desarrollo”. Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.*, nota 774, p. 20.

De igual forma, el a. 1° de la Declaración de Friburgo indica: “Los derechos enunciados en la presente Declaración son esenciales para la dignidad humana; por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia”.

Asimismo, el Comité DESC reitera la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos culturales en relación con el resto de derechos humanos, afirmando que su respeto es esencial para mantener la *dignidad humana* y para lograr mejores relaciones sociales en un mundo multicultural (*cfr.* el párrafo 1 de su observación general 21).

primera formulación en el ámbito nacional con la Constitución mexicana de 1917⁷⁸⁰ (y sus conceptos sobre el derecho a la educación), mientras que en el ámbito internacional su primera formulación la encontramos en el a. 27 de la DUDH; de donde se aprecia lo novedoso que resultan este tipo de derechos.

Por último, cabe destacar que los diversos expertos en derecho cultural que consultamos, coinciden en incluir a los derechos de autor dentro de los derechos culturales⁷⁸¹ y en atribuir un importante papel a las leyes autorales en materia cultural⁷⁸². En este sentido, son claras las palabras de Stavenhagen:

Los derechos a la propiedad intelectual, así como al reconocimiento y la remuneración de los autores de los productos y bienes culturales constituyen una parte importante de los derechos culturales en la actualidad. Cualquier negación o restricción al respecto puede ser considerada como una violación de los derechos humanos⁷⁸³.

Mientras que Harvey, incluso, señala que el derecho de autor es una de las cuatro bases centrales en las que se apoya el reconocimiento (nacional e internacional) de los derechos culturales⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ “Evidentemente la formulación de los derechos culturales, tal y como los conocemos hoy, es el resultado de una línea de evolución que gravita sobre los sucesivos avances que han ido produciéndose en las Constituciones de los Estados y en la recepción de los mismos por los instrumentos y documentos internacionales. Desde la primera mención, recogida en la Constitución de México de 1917 hasta la Convención de 2005 sobre la diversidad cultural, se ha vivido un proceso de conformación normativa que ha permitido un reconocimiento primero (por muy tenue que este haya sido) y un desarrollo después, aunque éste sea ciertamente limitado (al menos de momento) de los derechos y libertades que son expresión del ser humano entendido en clave cultural”. Arroyo Yanes, Luis Miguel, “Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación”, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, núm. 2, 2006, p. 266.

⁷⁸¹ Cfr. Dorantes Díaz, Francisco Javier, *Derecho cultural mexicano (problemas jurídicos)*, México, FUNDAP, 2004, p. 34; Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 759, p. 62; Carbonell, Miguel, y Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, nota 771, p. 161.

En relación con esto, *cfr.* el a. 5.a de la Declaración de Friburgo.

⁷⁸² El maestro García Moreno, de grata memoria, señaló que, indudablemente, la legislación de derechos de autor es uno de los ordenamientos que más promueven y estimulan la cultura. *Cfr.* García Moreno, Víctor Carlos, “El intercambio cultural de México con los demás países. Aspectos jurídico-institucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XX, núms., 127-129, enero-junio 1983, p. 197.

Por su parte, Dorantes destaca “la relevancia de las disposiciones referentes a los derechos de autor (...) sobre las que volveremos más tarde al estudiar el derecho a la cultura. Esto merece mención aparte puesto que, como se verá, los derechos de autor son los de mejor regulación jurídica en la Constitución y en las leyes ordinarias”. Dorantes Díaz, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 781, p. 24.

Ávila Ortiz, inclusive, se refiere al Convenio de Berna, además de la LFDA. *Cfr.* Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 759, pp. 65, 216 y 223.

En igual tenor, *vid.* Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 758, pp. 30 y 31.

⁷⁸³ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 757.

⁷⁸⁴ Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 775, p. 7. Las otras tres bases serían, según este autor, el derecho al patrimonio cultural, el derecho de la creación y producción artística, y el derecho de las industrias creativas o culturales.

Por su parte, Villalba indica que si “el Derecho a la Cultura (...) importa tanto la promoción como el acceso a la misma, requiere para su plena vigencia de la tutela de los derechos de los autores”. Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos” en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 159.

Hechas estas observaciones genéricas en relación con el derecho a la cultura, pasemos ahora a ver las normas que contemplan tal derecho en nuestro país.

10.2.2.- Regulación del derecho a la cultura en México.

Si bien fue hasta el año de 2009 cuando en nuestra Constitución apareció claramente el derecho a la cultura como un derecho fundamental, desde antes ya se regulaban constitucionalmente diversas manifestaciones o aspectos de ese derecho.

Por ejemplo, en su momento, García Moreno destacó que el a. 3º constitucional, en su texto originario, estableció que la educación, además de ser democrática y nacional, debe asegurar la “continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura”; que el a. 28 de la Constitución protege a los autores y artistas; mientras que el texto original de la fr. XXV del a. 73 constitucional facultaba al Congreso de la Unión para legislar en materia de bellas artes, para establecer escuelas de artes, museos, bibliotecas y “demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la Nación y legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés social”⁷⁸⁵. Cabe también destacar la fr. V del a. 3º constitucional que, mediante reforma de 1993, estableció como deber del Estado el alentar el fortalecimiento y la difusión de nuestra cultura⁷⁸⁶. Asimismo, resulta relevante la fr. X del propio a. 73, misma que faculta al legislativo federal para dictar leyes en materia de industria cinematográfica; así como debe mencionarse el a. 2º, relativo a las culturas indígenas.

En la actualidad, el fundamento constitucional básico en materia de derecho a la cultura es el último párrafo del a. 4º constitucional, el cual fue incorporado mediante reforma publicada en el DOF el 30 de abril de 2009⁷⁸⁷, y cuyo texto es el siguiente:

Artículo 4º.- (...)

(...)

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Se aprecia que esta disposición constitucional pone particular atención en el llamado derecho de acceso a la cultura, aunque no soslaya el resto de facultades que integran el derecho a la cultura, pues el texto también se refiere al “ejercicio de sus derechos culturales” y luego a la “participación a cualquier manifestación cultural”. Destaca también la alusión al respeto de la libertad creativa. Finalmente –y esto es importante apuntarlo– el acceso y participación en materia cultural está sometido a una reserva de ley, de tal manera que el legislador ordinario determinará los cauces y formas en que se ejercerá el derecho a la cultura.

⁷⁸⁵ García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 782, pp. 196 y 197.

⁷⁸⁶ Dorantes Díaz, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 781, pp. 24 y 25.

⁷⁸⁷ “La adición al artículo cuarto de la Constitución general le da valor constitucional y, consecuentemente, expresión jurídica a los ‘derechos culturales’”. Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 759, p. 444.

Complementariamente al a. 4° constitucional *in fine*, la reforma de 2009 también tocó el a. 73 de la Constitución, en particular, sus fr. XXV y XXIX-Ñ, las cuales quedaron de la siguiente forma:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

(...)

XXV.- Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República. *Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.*

(...)

XXIX-Ñ.- Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del artículo 4o. de esta Constitución. (Énfasis añadido).

Para efectos de la presente investigación, resulta relevante la fr. XXV transcrita, pues nos demuestra que la visión de nuestra Constitución es que los derechos de autor son una herramienta muy importante en el ámbito cultural, tan es así que se les incluyó en la más grande reforma constitucional en materia de cultura y se les menciona en una fracción del a. 73, que habla, precisamente, de cultura, arte y educación.

También destaca esa fracción, en tanto deja clara la competencia federal para legislar en materia de derechos de autor, concluyendo así con los cuestionamientos consistentes en que sólo las legislaturas locales podían regular la materia por tratarse de una cuestión de derecho civil⁷⁸⁸. La cláusula competencial a favor del legislador federal no se limita sólo a los derechos de autor, sino comprende también “otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma” materia (es decir, la materia de los derechos de autor), o sea, el constituyente se refiere a instituciones tales como los derechos conexos e, incluso, posiblemente las reservas de derechos y la diversa gama de derechos sui generis (como el relativa a las bases de datos o el concerniente al folclore); en cambio, tal cláusula no parece servir de fundamento para legislar en materia de derecho industrial (patentes y marcas, principalmente) pues no son figuras relacionadas con los derechos de autor, ni se encuentran dentro del contexto del derecho a la cultura.

Asimismo, debemos referirnos al derecho a la cultura en los tratados de derechos fundamentales incorporados al derecho mexicano vía a. 133 constitucional. En primer lugar, encontramos el a. 15 del PIDESC, cuyo texto es el siguiente:

⁷⁸⁸ Sobre este tema, *cf.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, t. IV, Porrúa, 1990, pp. 612 a 638.

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Redacción prácticamente idéntica tiene el a. 14 del Protocolo de San Salvador.

Por su parte, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, de 2005, contiene diversidad de alusiones al objeto de protección del derecho a la cultura, pero para los efectos de la presente investigación, conviene destacar su a. 7°, mismo que reza:

Artículo 7°.- Medidas para promover las expresiones culturales

1. Las Partes procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:
 - a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;
 - b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.
2. Las Partes procurarán también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

Desde luego, existe una serie de disposiciones infraconstitucionales que también protegen y desarrollan el derecho a la cultura, pero que por el momento no es necesario mencionar.

Vayamos ahora al análisis de la forma en que interactúan los derechos de autor con el referido derecho a la cultura.

10.2.3.- Relaciones entre el derecho a la cultura y los derechos de autor.

Al igual que sucede con el derecho a la información, la relación entre derechos de autor y derecho a la cultura es *paradójica*, pues ambas figuras se apoyan y fortalecen mutuamente, pero también hay circunstancias en las que llegan a colisionar.

En efecto, por un lado, derecho a la cultura y derechos de autor son instituciones compatibles que persiguen los mismos propósitos y, por ende, se complementan mutuamente⁷⁸⁹. De ahí que se diga que “la protección al derecho de autor puede considerarse como un instrumento al servicio de la identidad cultural”⁷⁹⁰. Cuestión que,

⁷⁸⁹ Vid. la importancia que los expertos en derecho cultural le dan a los derechos de autor, en *supra* notas al pie 781 a 784, del presente capítulo.

⁷⁹⁰ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 34.

incluso, ha encontrado reflejo normativo en México, cuando el a. 1º de la LFDA reconoce expresamente como objeto de esa ley “la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación”.

Respecto de los derechos morales, estos apoyan a la cultura en varios aspectos: preservan el patrimonio cultural, generan respeto a la creatividad, ayudan al respeto a la verdad histórica y son un aliciente para la creatividad⁷⁹¹.

En cuanto a los derechos de explotación, estos también se suman a los esfuerzos del derecho a la cultura, en tanto incentivan la creación de cultura. Así las cosas, los derechos de explotación son estímulos para la creación de cultura⁷⁹², es decir, su fin último es la generación de más cultura, apoyando así los propósitos del derecho a la cultura⁷⁹³.

En este tenor, la otrora subdirectora general adjunta para la cultura de la UNESCO, Milagros del Corral, nos enfatiza que

nunca sobra recordar el invaluable aporte del derecho de autor al desarrollo de la cultura y su indiscutible vínculo con el respeto y la promoción de la diversidad cultural. El derecho de autor es, además y sobre todo, un eficaz estímulo del esfuerzo creativo, de la producción de obras y prestaciones culturales, amén de crear la seguridad jurídica necesaria para una cooperación cultural fructuosa⁷⁹⁴.

De ahí que tal vínculo entre ambas clases de derechos haya sido reconocida en la DUDH, como nos refiere Villalba, quien afirma que de los debates que precedieron ese instrumento internacional: “puede inferirse que los autores de la misma consideraron que ambos derechos eran convergentes y coadyuvantes y no contrapuestos y recíprocamente incompatibles”⁷⁹⁵.

Empero, por otro lado y evidenciado la relación paradójica de que hemos hablado⁷⁹⁶, los derechos de autor también pueden generar afectaciones al derecho a la cultura.

⁷⁹¹ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 225; y Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, p. 34.

⁷⁹² Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 289, p. 589; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 59 y 60; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, pp. 27 y 34.

Rangel Medina indica, como una de las justificaciones de los derechos de autor, aquella que llama la “razón de desarrollo cultural”, en virtud de que “si está protegido, el autor se verá estimulado para crear nuevas obras, enriqueciendo de esta manera la literatura, el teatro, la música, etcétera”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

Mientras que Cornish y Llewelyn afirman: “It is the cultural value attaching to authorship which provides such copious moral legitimacy for legal protection”. Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 402.

⁷⁹³ “Se evidenció la interrelación entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, de modo que la protección del primero constituía un factor fundamental para el estímulo a la creatividad y la producción de nuevos bienes culturales”. Antequera Parilli, Ricardo, “Del ‘entorno analógico’ a la tecnología digital (el derecho de autor y los derechos afines al compás del avance tecnológico)” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 383.

⁷⁹⁴ Del Corral, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005, p. 3.

⁷⁹⁵ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 784, p. 158.

Cfr. también Yu, Peter K., “Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, pp. 1071 y 1072

⁷⁹⁶ Además de lo ya dicho en este capítulo (y en particular, en el presente apartado), remitimos al lector a las observaciones del Comité DESC sobre el reforzamiento y limitación recíproca entre el derecho a la cultura y el derecho a la protección jurídico-autoral, contenidas en su observación general 17 (*vid.* el apartado 5.6.2 del capítulo tercero de la presente investigación).

En efecto, como se señaló en el apartado 10.2.2 del presente capítulo, existen dos facultades destacables del derecho a la cultura: el *derecho de acceso a la cultura* y el *derecho de participar en la vida cultural*, pues con ambos puede llegar a colisionar la protección autoral.

El *derecho de acceso a la cultura* exige que todo individuo pueda gozar de las producciones culturales, es decir, que todos podamos acceder a las obras. De tal manera que, todos debemos tener la posibilidad de disfrutar la música, leer libros, ver películas, etc. Y en contraposición, los derechos de explotación generan un control sobre esas producciones culturales, al grado de no sólo señalar las formas y modalidades de uso de las obras, sino prohibir tal utilización⁷⁹⁷. Así, suelen darse tensiones entre quienes tienen derecho a acceder a las obras y quienes tienen derecho a controlar, restringir e incluso prohibir el acceso a esas obras⁷⁹⁸.

Dichas tensiones se intensifican cuanto más alto es el grado de protección a los derechos de autor. Por ejemplo, altos estándares en la protección de los derechos de autor pueden afectar la adquisición de libros extranjeros en países de economía precaria, como también puede afectarse la cultura si no se permiten cierto tipo de traducciones⁷⁹⁹.

Por su parte, el *derecho de participar en la vida cultural* implica la exigencia de que cualquier persona pueda libremente comunicar y crear cultura. Aquí también es evidente la contraposición con los derechos de autor, pues mientras el derecho a la cultura faculta a una persona para comunicar a otros la obra de un tercero (por ejemplo, enviar por Internet una canción compuesta por otra persona), los derechos de autor impiden esas comunicaciones no autorizadas de obras, pues por virtud del derecho de explotación se puede controlar quién transmite y quién no una obra protegida.

Asimismo, la colisión se presenta en el caso de obras derivadas, pues muchas personas, para participar en la vida cultural y crear obras propias, se basan en obras preexistentes. De esta forma, mientras que el derecho a la cultura faculta a una persona para difundir sus creaciones, los derechos de autor (concretamente la facultad de transformación) impiden que esa persona comunique su creación si ella incorpora elementos creativos de obras preexistentes, a no ser que obtenga una autorización por parte del titular del derecho sobre la obra previa (o exista una restricción a la facultad de transformación); de ahí que se haya criticado que la facultad de transformación afecta los procesos creativos⁸⁰⁰, es decir, la creación y difusión de cultura.

No obstante esas colisiones entre derechos de autor y derecho a la cultura, no puede pensarse que el segundo exija la abolición o minimización de los primeros, sino que más bien, como indica Del Corral, hay que armonizarlos (cuestión no exenta de dificultades)⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ “La idea fundamental que informa en toda su extensión el derecho de autor y el de inventor estriba en la protección del trabajo intelectual *contra su utilización por otros*” (énfasis añadido). Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho de inventor*, trad. Ernesto Volkening, Bogotá, Temis, 1999, p. 1.

⁷⁹⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 289, pp. 587 y 588.

En este sentido, respecto del sistema de concesión de derechos exclusivos a los autores, Sánchez Cordero advierte: “Sin embargo, y es necesario puntualizarlo, esta premisa limita el acceso y la diseminación de información al público en general”. Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 759, p. 458.

⁷⁹⁹ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 685, p. 212.

⁸⁰⁰ Para una crítica a esta facultad del derecho de explotación, *cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 560, pp. 138, 139, 294 a 296.

⁸⁰¹ Del Corral, Milagros, *op. cit.*, nota 794, p. 3.

Y precisamente, sobre esta necesidad de compatibilizar los derechos de autor con el derecho a la cultura, vuelven a salir a colación las salvaguardas o válvulas de escape de las que ya hablamos antes⁸⁰², dentro de las cuales destacan las restricciones al derecho de explotación, pues como ya se dijo, la dicotomía “expresión/contenido” no sirve para atender el problema en sede de derecho a la cultura, pues este último exige el acceso y la difusión de las expresiones mismas y no sólo de los contenidos.

Por lo que hace a las restricciones al derecho de explotación, son varias las que buscan salvaguardar el derecho a la cultura, como sucede con el derecho de cita⁸⁰³, las reproducciones en museos y bibliotecas⁸⁰⁴, la copia privada⁸⁰⁵, la utilización de obras visibles desde lugares públicos⁸⁰⁶, etc. El problema, es también aquí, ver si el sistema actual de restricciones es suficiente para resolver satisfactoriamente la cuestión; dicha valoración la haremos en el siguiente capítulo.

Resulta también interesante analizar el contenido de la Declaración de Friburgo, cuyo a. 5.b no sólo contempla lo que hemos llamado derecho fundamental a la protección jurídico-autoral (protección a los intereses morales y materiales de los autores), sino que también, en su a. 1.c, establece que nadie puede invocar los derechos contemplados en tal declaración para menoscabar un derecho protegido por la DUDH o por cualquier otro instrumento de derechos humanos. Esto significa que el derecho de acceso a la cultura no puede ser invocado para que no se protejan a los autores (como algunos pretenden), dado que el derecho a la protección jurídico-autoral está tutelado por la DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador, entre otros instrumentos⁸⁰⁷.

Bien afirma Delia Lipszyc⁸⁰⁸ que el fomento a la cultura no se logra desprotegiendo al autor, ni transfiriendo su derecho a las empresas.

Dicho en términos llanos: el derecho de acceso a la cultura no puede ser un mero pretexto para negarles sus derechos a los autores; lo que se debe hacer, más bien, es buscar soluciones que nos permitan maximizar esos derechos cuando llegan a encontrarse.

10.3.- El derecho a la educación.

Otro derecho fundamental que suele colisionar con los derechos de explotación es el derecho a la educación.

Se debate si el derecho a la educación es un derecho subjetivo autónomo, o si, más bien, es parte del derecho a la cultura⁸⁰⁹, pues se ha dicho que la educación es una forma de

⁸⁰² Cfr. *supra* el apartado 10.1.4.3 del presente capítulo.

⁸⁰³ Chico Ortiz, José María, “Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, año LXIV, núm. 584, enero-febrero 1988, p. 117; Anguita Villanueva, Luis, *op. cit.*, nota 760, p. 74; Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 779, p. 101; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 94; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

⁸⁰⁴ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 107; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 364; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

⁸⁰⁵ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 294, p. 247; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, p. 76; Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 803, p. 116; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 726, p. 185; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

⁸⁰⁶ Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 779, p. 101; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100.

⁸⁰⁷ En general, *vid.* el capítulo tercero de la presente investigación.

⁸⁰⁸ Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho” en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 106.

transmisión de la cultura⁸¹⁰. Sin pasar por alto la trascendencia e importancia de ese debate, no nos adentraremos aquí en él y estudiaremos el derecho a la educación por separado, no sólo porque así está regulado en el derecho internacional de los derechos fundamentales (y en nuestra Constitución), sino porque este derecho genera circunstancias muy particulares en relación con los derechos de autor, como veremos más adelante.

10.3.1.- Generalidades del derecho a la educación.

El derecho a la educación es una construcción primordialmente del s. XX⁸¹¹, y se consagra en instrumentos internacionales como la DUDH, la Declaración de Bogotá, el PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. Por consiguiente, nos encontramos con un derecho relativamente reciente, aunque, a diferencia del derecho a la cultura, con un poco más de estudio y desarrollo.

Esto se debe a la importancia que, en la actualidad, se le reconoce al derecho a la educación, tanto por el valor que en sí mismo significa la educación, como en su carácter de pieza clave para el goce de otros derechos fundamentales, como los relativos al empleo y a la seguridad social (pues una persona con poca educación ve reducidas sus opciones de trabajo)⁸¹². Inclusive, el Comité de DESC, en su observación general número 13, relativa al derecho a la educación⁸¹³, afirma que tal derecho es el principal medio para salir de la pobreza, realiza un papel clave en la emancipación de la mujer, promueve los derechos humanos y la democracia, protege a los niños contra la explotación laboral, fomenta la protección al ambiente, y hasta ayuda a controlar el crecimiento demográfico⁸¹⁴.

Así, existen varias fundamentaciones del derecho a la educación, desde una meramente utilitaria (en donde la sociedad se beneficia de ciudadanos bien educados), pasando por las que ven a este derecho como promotor del bienestar individual (pues la educación debiera asegurar el empleo, y, así, servir para lograr el sustento), hasta las que justifican este derecho como un requisito para el pleno desarrollo individual (debido a que

⁸⁰⁹ Sobre los vínculos entre educación y cultura, *cfr.* Shaw, Jo, y Wallace, Chloë, “Education, multiculturalism and the Charter of Fundamental Rights of the European Union” en Hervey, Tamara, y Kenner, Jeff (coords.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 239 y ss.

Por su parte, Quintero Jaramillo considera que el derecho a la educación es un derecho cultural. *Vid.* Quintero Jaramillo, Claudia, “El derecho humano a la educación y el servicio público de educación superior en México” en Cienfuegos Salgado, David, y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en México*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 289.

De igual forma, Villalba estima al derecho a la educación como comprendido dentro del derecho a la cultura. *Cfr.* Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 784, pp. 157 y 158.

⁸¹⁰ Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 625, p. 51.

⁸¹¹ Aunque existen ciertos antecedentes, como el a. 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que habla del acceso de todos los ciudadanos a la instrucción. Se aprecian las palpables limitaciones de dicha disposición, pues sólo era un derecho para quienes tuvieran el estatus de ciudadanos, y únicamente se refería a la “instrucción”, concepto de menor calado que “educación”.

⁸¹² Ceriani Cernadas, Pablo, y Kweitel, Juana M., “El derecho a la educación” en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 208.

⁸¹³ Documento E/C.12/1999/10.

⁸¹⁴ *Cfr.* el párrafo 1 de esa observación general.

Asimismo, *vid.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 807; y el documento *Education rights: a guide for practitioners and activists*, Global Campaign for Education, s/f, p. 21.

sólo la educación permite conocer y potenciar las propias habilidades)⁸¹⁵. Desde luego, esta última justificación es la que más impacto ha tenido en el derecho internacional en materia de derechos fundamentales, como se puede apreciar en el a. 26.2 de la DUDH que dice que la “educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”; así como ha tenido resonancia en el a. 3° de nuestra Constitución, en tanto habla de que la educación tenderá al desarrollo armónico de las facultades del individuo.

En cuanto al contenido del derecho a la educación, este es complejo y se han realizado diversas propuestas metodológicas para su estudio, incluyendo aquella que atiende al sujeto (que es la que aquí seguiremos). Según dicho criterio, el derecho a la educación se divide en: el derecho a recibir educación, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, la libertad académica, y la prohibición de discriminación⁸¹⁶.

De todas esas facultades que integran el derecho a la educación, nos enfocaremos al llamado “derecho a ser educado” o “derecho a recibir educación”, pues es la prerrogativa donde más incidencia tienen los derechos de autor, además de ser –como se ha puesto de manifiesto–⁸¹⁷ el núcleo esencial del derecho a la educación.

En este sentido, el derecho a la educación obliga a los estados a no impedir u obstaculizar el acceso a la educación por parte de los individuos, a la adopción de medidas para evitar que tampoco terceros impidan u obstaculicen ese acceso, así como a tomar medidas positivas que permitan el acceso y disfrute de esa educación⁸¹⁸.

Tres son, por lo menos, las medidas positivas que debe tomar el Estado en relación con el derecho a la educación: proporcionar educación en todas las etapas de la niñez y en etapas posteriores, proporcionar suficientes escuelas u oportunidades de aprendizaje, y garantizar igualdad en el acceso a la educación⁸¹⁹.

A continuación expondremos los alcances del derecho a la educación en el sistema jurídico mexicano.

10.3.2.- Regulación del derecho a la educación en México.

Tal como lo hicimos con el derecho a la información y el derecho a la cultura, en el presente apartado nos circunscribiremos a estudiar el derecho a la educación en la Constitución y en los tratados sobre derechos fundamentales incorporados al derecho mexicano.

Como es sabido, el a. 3° constitucional es la disposición clave sobre el derecho a la educación⁸²⁰. El primer párrafo de dicho artículo establece lo siguiente:

⁸¹⁵ Dieter Beiter, Klaus, *The protection of the right to education by international law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 26 y 27.

⁸¹⁶ Ceriani Cernadas, Pablo, y Kweitel, Juana M., *op. cit.*, nota 812, p. 207.

⁸¹⁷ *Vid. idem.*

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 209.

En este sentido, Azúa explica: “La posición jurídico-protectora del Estado, como hemos señalado, consiste en una actitud positiva que es la propia de los derechos sociales”. Azúa Reyes, Sergio T., “Los derechos humanos y el derecho a la educación”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 18, 1986-1987, p. 497.

⁸¹⁹ *A human rights-based approach to education for all*, París / Nueva York, UNESCO / UNICEF, 2007, p. 29.

⁸²⁰ Para una evolución histórica de tal artículo y de las diferentes concepciones de educación en el mismo, *cfr.* Garrido, Luis Javier, “El derecho a la educación” en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2004, pp. 422 y ss;

Artículo 3°.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –federación, estados, Distrito Federal y municipios–, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La frase inicial de esa disposición es contundente: todo individuo tiene el derecho a recibir educación. Así, el acceso a la educación no debe estar vedado a ninguna persona, ni por razones de edad (no es un derecho sólo para niños y jóvenes), ni de sexo, ni lingüística (debe proporcionarse educación incluso a aquellos que no hablen español), ni de condición social (la educación no sólo es para los “líderes” o conductores de la sociedad), ni de ninguna otra índole. En este sentido, Quintero Jaramillo⁸²¹ explica que el acceso a la educación debe ser igualitario, universal y equitativo.

Sin embargo, ese “derecho” a la educación contrasta con el propio párrafo primero *in fine*, que establece que la educación preescolar, primaria y secundaria son obligatorias, lo que nos plantea la disyuntiva de saber si la educación es en verdad un derecho o, más bien, una obligación (opción, esta última, que parece reforzarse con el a. 31, fr. I, de la Constitución). Empero, como bien ha demostrado Diego Valadés⁸²², esa disyuntiva es aparente, pues la educación es un *derecho* para quien la recibe o debe recibirla, pero una *obligación* para el Estado (a. 3° constitucional) y para los padres o tutores (a. 31, fr. I constitucional)⁸²³; es decir, dependiendo de la posición del sujeto en la relación jurídica del derecho a la educación, sabremos si es el obligado o el beneficiario de la educación⁸²⁴.

Del a. 3° constitucional también destacan las características de la educación que imparta el Estado: tiene que desarrollar en armonía todas las facultades del individuo, debe ser laica y ajena a cualquier doctrina religiosa, ha de ser gratuita, así como debe alentar el fortalecimiento y difusión de la cultura, entre otras. Del propio a. 3° resalta la posibilidad de que la educación sea también impartida por particulares, así como las bases constitucionales para las universidades autónomas. Por consiguiente, no obstante sus reformas y los cambios ideológicos de los gobernantes mexicanos en turno, el a. 3° sigue siendo parte capital del orden social, jurídico y político de México⁸²⁵.

Desde luego, el marco constitucional de la educación en nuestro país no se agota con el a. 3°, sino también es importante mencionar los aa. 5° (sobre las profesiones que requieren título académico para su ejercicio), 18 (la educación como medio de regeneración social), 73 (sobre las facultades para legislar en la materia y la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno) constitucionales, etc.

Por lo que se refiere a los tratados de derechos fundamentales incorporados al derecho mexicano, cabe citar en primer lugar el PISDESC, cuyo a. 13 señala:

y Melgar Adalid, Mario, “Comentario al artículo 3°” en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, 14a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 1999, t. II, pp. 23 y ss.

⁸²¹ Quintero Jaramillo, Claudia, *op. cit.*, nota 809, p. 296.

⁸²² Valadés Diego, *Derecho de la educación*, México, Mc Graw-Hill / IIJ-UNAM, 1997, p. 17.

⁸²³ En el mismo sentido, Azúa indica que la educación: “Por un lado es un derecho del ciudadano, por otro lado es una obligación del Estado”. Azúa Reyes, Sergio T., *op. cit.*, nota 818, p. 497.

Cfr. también, Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 625, pp. 52 a 54.

⁸²⁴ Recuérdense la concepción del derecho subjetivo como relación triádica entre dos sujetos y un objeto (*DabG*) en donde un sujeto es el titular y el otro es el destinatario (*vid.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, pp. 186 y ss); en el presente caso los destinatarios serían el Estado y los padres o tutores (quienes serían los obligados).

⁸²⁵ Garrido, Luis Javier, *op. cit.*, nota 820, p. 432.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente⁸²⁶;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Se observa que se trata de una disposición algo amplia, que toca diversos temas, entre ellos, la gratuidad de la educación, la obligatoriedad –al menos a nivel de primaria–, la posibilidad de crear instituciones privadas de educación (bajo la fiscalización del Estado), todo lo cual se encuentra en sintonía con el a. 3º constitucional. Destaca también la mención a las becas para los alumnos y a las mejoras económicas para los docentes.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador en su a. 13, dispone lo siguiente:

Artículo 13

Derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la

⁸²⁶ De acuerdo con Foster, la educación primaria incluye cuestiones como el aprendizaje de la lectura, la escritura, la aritmética y otras necesidades básicas para funcionar en la sociedad. *Vid.* Foster, Sharon E., “The conflict between the human right to education and copyright” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 291.

comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

Se puede apreciar que, en materia de derecho a la educación, el Protocolo de San Salvador sigue las directrices del PIDESC.

En la misma tónica cabe citar, en fin, el a. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual se encuentra en la misma sintonía que las disposiciones internacionales previamente transcritas.

Con esto terminamos la revisión, así sea panorámica, de las principales disposiciones iusfundamentales referentes al derecho a la educación en México. Pasemos ahora a su interacción con los derechos de autor.

10.3.3.- Relaciones entre el derecho a la educación y los derechos de autor.

Para no variar, tal y como acontece con los derechos fundamentales estudiados en las líneas previas, la relación que existe entre los derechos de autor y el derecho a la educación es también paradójica.

Efectivamente, por un lado, los derechos de autor sirven como motor para la educación, pues constituyen un estímulo para la creación de materiales didácticos y productos de investigación. De hecho, los “padres fundadores” de los EUA, en la convención constitucional de 1787, estimaron que la educación en el naciente país sólo podría prosperar si se proporcionaban incentivos para la creación de obras literarias, lo que derivó en su actual cláusula constitucional sobre derecho intelectual (la cual ya se estudió en el apartado 3 del capítulo tercero del presente trabajo)⁸²⁷. En nuestro país esto también es evidente, al grado que la facultad constitucional del Congreso de la Unión para legislar en materia de derechos de autor se encuentra en la misma disposición que le concede poderes al legislativo federal para establecer y organizar escuelas y centros de enseñanza,

⁸²⁷ Sobre el particular, Patterson explica: “The dominant idea in the minds of the framers of the Constitution appears to have been the promotion of learning”. Patterson, Lyman Ray, *Copyright in historical perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 193.

así como para coordinar la función educativa del Estado (a. 73, fr. XXV, de la Constitución); e incluso, la autoridad administrativa en materia de derechos de autor ha dependido, desde hace décadas, de la Secretaría de Educación Pública⁸²⁸.

Pero por otro lado, los derechos de autor también pueden servir como obstáculo para los fines que persigue el derecho a la educación. El problema central de los conflictos potenciales entre derechos de autor y el derecho a la educación, es el relativo a los materiales educativos que son necesarios para cumplimentar el derecho a la educación y sobre los que los autores tienen derechos exclusivos⁸²⁹. Asimismo, puede plantearse el problema de la accesibilidad a la educación que establecen los tratados sobre derechos fundamentales, particularmente lo relativo a la accesibilidad económica dado el encarecimiento que los derechos de autor pueden generar en el precio de las obras⁸³⁰.

Por ejemplo, en principio, el derecho de explotación impide que un profesor se sirva de materiales audiovisuales, musicales, gráficos, etc. para dar sus explicaciones o ilustrar los temas de clase, como también impide reproducir textos ajenos para dárselos a los alumnos. Asimismo, este derecho autoral, en tanto monopolio constitucionalmente permitido, permite cierto control de mercado (y de precios) sobre los materiales didácticos y libros de texto, lo que encarece su acceso; esto puede afectar a las clases más desfavorecidas económicamente.

Así las cosas, el derecho a la educación (a. 13 del PIDESC) aparentemente y, en algunos casos, conflictúa con la protección de los intereses de los autores (a. 15.1.c del PIDESC)⁸³¹.

Es evidente que la protección a los autores no puede llegar al grado de frenar las actividades educativas⁸³², de ahí que existan diversas políticas públicas sobre el particular (libros de texto gratuitos, apoyos estatales para la adquisición de material educativo, bibliotecas públicas, etc.), pero aun así, resulta necesario establecer ciertas restricciones al derecho de explotación en aras de los fines educativos⁸³³.

En este sentido, se ha señalado que las principales restricciones que atienden a los intereses educativos son las siguientes: derecho de cita⁸³⁴, reproducciones por bibliotecas o

⁸²⁸ Otro ejemplo de la cercanía (y a veces confusión) que hay entre derecho a la educación y derechos de autor, la podemos encontrar en el Código Penal Federal, pues dentro del título Vigésimosexto (intitulado “De los delitos en materia de derechos de autor”), hay un tipo penal que no protege los derechos de autor, sino la gratuidad de la educación. Nos referimos al a. 424, fr. I, disposición que sanciona: “Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública”.

⁸²⁹ Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 826, p. 288.

⁸³⁰ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 738, p. 146.

La accesibilidad económica consiste en que “la falta de recursos no sea un impedimento para acceder a la educación”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 807.

⁸³¹ Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 826, p. 303.

⁸³² “Un profesor no puede ver limitada su docencia por el respeto al derecho exclusivo del autor, cuando trata de ilustrar o dar ejemplos de lo que está enseñando”. Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 103.

⁸³³ Al igual que acontece con el derecho a la cultura, la dicotomía “expresión/contenido” es de poca trascendencia en sede de derecho a la educación, pues este último exige el uso de la forma expresiva de las obras, y no sólo de la mera infomación que contengan. De ahí que las restricciones al derecho de explotación adquieran todavía mayor peso o importancia en este tema.

⁸³⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 75; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 62; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 622, p. 38.

archivos⁸³⁵, las restricciones con fines educativos o de enseñanza (incluyendo la ilustración en cátedra, la toma de apuntes, etc.)⁸³⁶, la copia privada⁸³⁷, etc.

Por ejemplo, la copia privada garantiza que cualquier alumno pueda obtener una copia de los textos que necesita estudiar (lo cual es muy importante cuando el discípulo es de bajos recursos económicos o la obra no está disponible en el comercio)⁸³⁸. Por su parte, las restricciones con fines educativos sirven, entre otras cosas, para el uso libre de obras en clase.

Desde luego, las restricciones clásicas en materia de educación son las relativas a la materia de la enseñanza, respecto de la cual el a. 10.2 del Convenio de Berna señala:

Artículo 10) (...)

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

Silke Von Lewinski reconoce la flexibilidad de ese texto, incluso para utilizar obras completas y no sólo fragmentos de ellas⁸³⁹.

Si bien muchas de las restricciones mencionadas son una constante en la legislación comparada, la situación en México es mucho más delicada, ya que no contamos en la ley con una restricción concreta relativa a fines educativos⁸⁴⁰, mientras que la restricción relativa a las bibliotecas es muy limitada. Como bien indica Derclaye⁸⁴¹, si no existe una restricción en relación a los usos docentes de las obras, puede existir un conflicto con el derecho a la educación.

De esta manera, independientemente de que en el siguiente capítulo valoremos si el sistema actual de restricciones al derecho de explotación cumple las exigencias de los derechos fundamentales (incluyendo el derecho a la educación), resulta claro que, en México, hay un déficit que es urgente atender.

Aunque, también, hay que ser muy cuidadosos al establecer restricciones al derecho de explotación en materia de educación, pues obras esencialmente de carácter educativo (como los libros de texto) tienen como principal mercado el escolar, por lo que la desaparición o limitación drástica a ese mercado, se traduciría en un desincentivo para crear este tipo de obras, lo cual sería contrario tanto a los fines de los derechos de autor como a los fines del derecho a la educación.

⁸³⁵ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 76; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

⁸³⁶ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, pp. 62 y 63; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 87.

⁸³⁷ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 63; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

⁸³⁸ Incluso, en el caso de México, la fr. IV del a. 148 de la LFDA permite a las instituciones educativas realizar copias privadas, siempre que no exista finalidad lucrativa.

⁸³⁹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 158.

⁸⁴⁰ Lo único que puede servir para algunos pocos de estos fines es la licencia obligatoria para traducción o publicación de obras necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación, prevista en el a. 147 de la LFDA. Empero, tal licencia no ayuda en los casos en que la obra se encuentra en el mercado, pero un profesor requiere usarla en cátedra, o un alumno no tiene los medios económicos para acceder a ella, o la obra se encuentra temporalmente desabastecida en el comercio.

⁸⁴¹ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 738, p. 146.

Como corolario, cabe citar las siguientes palabras de Monroy Rodríguez (las cuales muestran una influencia del pensamiento de Alexy):

(...) tanto el derecho de autor como el derecho a la educación y al acceso al conocimiento tienen su razón de ser, y una misión que cumplir dentro de la sociedad, por eso el ejercicio de unos y otros debe hacerse compatible, mediante un equilibrio que procure que los derechos puedan ser ejercidos y satisfechos *en la mayor medida posible*, es decir, sujetos a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguran la coexistencia armónica⁸⁴². (Énfasis añadido).

10.4.- Otros bienes que pueden entrar en conflicto con los derechos de autor.

Además de los derechos fundamentales ya mencionados, existen otros bienes jurídicamente tutelados que, en un momento dado, pueden colisionar con la protección concedida a los autores a través del derecho de explotación. A continuación, nos referiremos brevemente a algunos de esos bienes, los que, en su mayoría, también tienen alguna protección constitucional.

10.4.1.- Propia imagen.

Desde finales del s. XIX, pero sobre todo a lo largo del XX, se ha venido consolidando la idea de que la imagen de las personas físicas (su representación visual) es merecedora de protección jurídica⁸⁴³.

Sobre dicha protección, podemos encontrar dos tendencias muy definidas en el ámbito comparado en occidente: el derecho a la propia imagen (en el sector neorromanista) y el *right of publicity* (en la familia del *common law*)⁸⁴⁴. Mientras que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y de la personalidad que protege a todo individuo por el mero hecho de ser persona (reflejo de su dignidad)⁸⁴⁵, el *right of publicity* normalmente sólo protege a las celebridades contra el uso comercial de su imagen⁸⁴⁶.

En tiempos recientes, la tutela jurídica se ha ampliado, y ya no sólo se llega a proteger la representación visual de las personas físicas, sino también su voz, nombre y algunos otros rasgos identificadores del sujeto en cuestión⁸⁴⁷.

Al tratarse de un derecho exclusivo, el derecho a la imagen es susceptible de colisionar con los derechos de autor, señaladamente con los derechos de explotación. Así por ejemplo, en el caso de una fotografía puede suceder que su autor, en ejercicio de su

⁸⁴² Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 243.

⁸⁴³ Sobre la evolución histórica del derecho a la propia imagen, *cfr.* Azurmendi Adarraga, Ana, *op. cit.*, nota 622, pp. 49 y ss.

⁸⁴⁴ *Cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *El derecho a la propia imagen*, México, próximo a publicarse.

⁸⁴⁵ Azurmendi Adarraga, Ana, *op. cit.*, nota 622, pp. 24, 25 y 98; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 470.

También *cfr.* el voto particular del Ministro José Ramón Cossío en el amparo directo en revisión 121/2007, Primera Sala de la SCJN.

⁸⁴⁶ Berry, Robert C., Biederman, Donald E., Glasser, Jeanne A., Pierson, Edward P., y Silfen, Martin E., *Law and business of the entertainment industries*, 4a ed., EUA, Praeger Publishers, 2001, p. 213; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 844.

⁸⁴⁷ Como ejemplo, *vid.* el a. 26 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Cfr. también Rovira Sueiro, María E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, Comares, 2000, pp. 14 y ss.

derecho de explotación sobre esa obra, decida reproducirla y distribuirla; mientras que el sujeto fotografiado, en uso de su derecho a la imagen, decida la no difusión de esa creación⁸⁴⁸.

Muchos países han resuelto esa problemática dictando normas en las que el ejercicio de ciertos derechos de autor se condiciona al haber obtenido la autorización del titular del derecho a la imagen para poder difundir la obra en donde aparece una persona⁸⁴⁹. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en nuestra LFDA, como se aprecia en el primer párrafo del a. 87:

Artículo 87.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quién, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

10.4.2.- Intimidad.

La intimidad es un bien moral muypreciado (y cada vez más, dados los avances tecnológicos⁸⁵⁰), lo que ha llevado al desarrollo de un derecho a la intimidad (también llamado derecho a la privacidad o a la vida privada⁸⁵¹), el cual ha tenido un gran desarrollo desde los bosquejos iniciales que hicieron Warren y Brandeis en el s. XIX⁸⁵².

Para efectos del presente apartado, nos será de utilidad el concepto de Díez-Picazo y Gullón:

El derecho a la intimidad. La persona tiene derecho a crear y mantener una esfera secreta o reservada, que debe ser protegida contra intromisiones ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella⁸⁵³.

⁸⁴⁸ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 738, p. 144; y De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 844.

⁸⁴⁹ Tacchi, Paola, *Elementi di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Nápoles, Simone, 2008, pp. 19 y 20; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 95 y 96 (quien, incluso, califica este supuesto como una restricción al derecho de explotación); Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 847, pp. 141 y ss; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 305, p. 43; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 844; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 127 a 129; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 332, p. 123.

⁸⁵⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, pp. 449 y 450.

⁸⁵¹ Por cuestiones de espacio y debido al objeto de la presente investigación, no entraremos al debate sobre si existe o no diferencia entre “intimidad” y “privacidad”, por lo que utilizaremos indistintamente las expresiones “derecho a la intimidad” y “derecho a la vida privada”.

⁸⁵² *Cfr.* Brandeis, Louis D., y Warren, Samuel D., “The right to privacy”, *Harvard law review*, Boston, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890, pp. 193 a 220.

Este artículo también puede consultarse en los siguientes sitios de Internet: http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html, y <http://www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html>.

⁸⁵³ Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 1, pp. 336 y 337.

Siguiendo a Francois Rigaux, López-Ayllón nos explica: “En sentido muy amplio el derecho a la privacidad es aquel derecho de los individuos de determinar cuándo, cómo y en qué medida la información que les concierne puede ser comunicada a otros”. López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 622, p. 17.

Aunque, como acertadamente apunta Carbonell, el “ámbito de protección que se genera a partir del derecho a la intimidad no es fácil de determinar; puede ser muy variable de país en país, y desde luego no es algo estático en el tiempo”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 453.

Al igual que el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad goza del doble estatus de derecho fundamental y derecho de la personalidad⁸⁵⁴.

Ahora bien, a pesar de que es innegable su proximidad e interrelación⁸⁵⁵, existen momentos en que los derechos de autor y el derecho a la intimidad llegan a enfrentarse. Por poner un caso, el derecho a la privacidad impide el control sobre los usos privados de las obras⁸⁵⁶, de ahí que, por ejemplo, una de las facultades del derecho de explotación sea la de comunicación *pública*, la cual, como su nombre lo indica, sólo sirve para controlar las comunicaciones públicas de una obra, no comprendiendo las comunicaciones *privadas* (*i.e.*, ver una película en casa o tocar en guitarra una canción a amigos o familiares)⁸⁵⁷. También se ha señalado⁸⁵⁸ que una de las razones de la copia privada es que la facultad de reproducción no puede tener injerencias en las copias de obras ajenas que una persona hace para su uso privado.

De esta manera, las tensiones entre derechos de autor y derecho a la intimidad se encontraban satisfactoriamente resueltas, ya sea excluyendo los usos privados del ámbito de protección del derecho de explotación (como en el caso de la facultad de comunicación pública) lo que se traduce en lo que hemos llamado límites naturales o inherentes⁸⁵⁹, o mediante el establecimiento de una restricción al derecho de explotación (como en el caso de la facultad de reproducción donde se estableció la restricción de la copia privada).

Sin embargo, la tendencia en los últimos años ha sido la aparición de nuevas tensiones entre intimidad y derechos de autor, ya que: (1) dada la tecnología digital, existen quienes argumentan que debe desaparecer la copia privada como restricción al derecho de explotación, debido a lo masivas que se han vuelto esas reproducciones y al impacto económico negativo que ocasionan⁸⁶⁰; y (2) se han implementado medidas tecnológicas de monitoreo sobre la utilización digital de obras realizada por consumidores⁸⁶¹, las cuales que

⁸⁵⁴ Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 23 y ss.

⁸⁵⁵ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 784, p. 157.

⁸⁵⁶ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 697, p. 37.

O como indica Senftleben: “The fundamental right to privacy prevents copyright holders from exerting their exclusive rights in the intimacy of the private circle surrounding each individual. Viewed from a historical perspective, the exploitation of a work of the intellect has always stopped short of intruding into the private sphere”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

Por su parte, López Maza refiere: “Se ha dicho que los titulares de derechos no deberían ser capaces de controlar los usos de las obras y prestaciones que son hechos por los usuarios individuales en su esfera privada, porque esto constituiría una violación de su intimidad”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 38.

Mientras que Guibault afirma: “By its very nature, the protection granted to authors and editors did not extend into the user’s private sphere”. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 48.

Vid., asimismo, Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 342, p. 236.

⁸⁵⁷ *Cfr.* Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 289, pp. 969 y 697; Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación” en Bercovitz Rodríguez -Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 88 y 89; Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 168.

⁸⁵⁸ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32; Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, p. 76; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 39 (quien considera que la copia privada debiera ser una restricción de carácter obligatorio).

⁸⁵⁹ *Vid.* supra el apartado 2 del presente capítulo.

⁸⁶⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 54.

⁸⁶¹ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 738, p. 145; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 55 a 56.

permiten controlar y saber qué obras son copiadas por los usuarios, incluso dentro de sus domicilios⁸⁶².

Por tanto, ante esta perspectiva el derecho fundamental a la intimidad no debe ser olvidado al discutir las restricciones a los derechos de explotación. Más sobre esto en el siguiente capítulo de la presente investigación.

10.4.3.- Honor.

El honor integra, junto con la intimidad y la propia imagen, una triada de intereses morales estrechamente vinculados y protegidos como derechos de la personalidad y derechos fundamentales⁸⁶³.

En una definición muy aséptica, Mendoza Escalante nos define el derecho al honor en los siguientes términos:

El derecho al honor es un derecho a la no afectación de la propiedad o bien jurídico honor. (...) El goce, la conservación o indemnidad de esa propiedad inmaterial (...) que representa el honor, es el contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental⁸⁶⁴.

Como se observa, el *quid* es saber qué se entiende por honor, cuestión nada fácil, como ha destacado la doctrina⁸⁶⁵. Nos parece aceptable la definición elaborada por Gutiérrez y González, quien indica:

Honor o reputación es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, o la que atribuye a otros sujetos de derecho, cuando coincide con el que considera el ordenamiento jurídico de cada época o región geográfica atendiendo a lo que la colectividad en que actúa, considera como sentimiento estimable⁸⁶⁶.

El honor tiene una doble vertiente: la *objetiva*, relativa a la opinión que tienen las personas acerca de un individuo, y la *subjetiva*, consistente en la opinión que ese individuo tiene de sí mismo⁸⁶⁷.

En virtud de lo anterior, es evidente que el derecho al honor juega un papel importante en los procesos comunicativos, y por tanto, debe tenerse presente siempre, a fin de lograr su pleno respeto.

Las posibles colisiones entre derechos de autor y derecho al honor no han captado la atención de la doctrina, pero no es difícil encontrarlas. En efecto, si por virtud del derecho de explotación el autor o su titular derivado pueden autorizar a terceros el uso de una obra,

⁸⁶² Grijalva Jiménez, Agustín, "Internet y derechos de autor" en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007, p. 79.

⁸⁶³ Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 2a. ed., Colex, 1994, p. 51; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 449.

⁸⁶⁴ Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, pp. 115 y 116.

⁸⁶⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 449; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 619, pp. 389 y 340; Herrero-Tejedor, Fernando, *op. cit.*, nota 863, p. 75.

⁸⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, p. 785.

Incluso, esta definición es utilizada en el a. 13 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

⁸⁶⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 866, p. 785.

ese poder jurídico se verá afectado cuando la obra pueda afectar la reputación de una persona al grado de violar su derecho al honor (piénsese en una difamación); en esos casos, el derecho al honor impedirá la difusión de la obra, afectando el derecho de explotación.

10.4.4.- Propiedad.

La propiedad privada es un elemento básico de las democracias contemporáneas, de ahí que se le otorgue protección constitucional⁸⁶⁸. Por lo que se colige que la propiedad tiene protección de máximo rango, la cual sirve para “exigir de la entidad política y sus órganos autoritarios su respeto y observancia”⁸⁶⁹, amén de la *drittwirkung* y su protección entre particulares por la vía del derecho civil.

La intrincada relación entre derecho de propiedad y derechos de autor la tenemos desde los orígenes mismos de estos últimos, pues una de las primeras labores intelectuales en la materia fue separar el ámbito protegido por la propiedad (*corpus mechanicum*) del de los derechos de autor (*corpus mysticum*), lo que ha llevado a la consolidación de algunos de los fundamentos universales del derecho autoral, como lo es el que la adquisición de la propiedad de un soporte material no trae aparejada la adquisición de derechos de autor sobre la obra⁸⁷⁰.

Otro elemento destacado es el *agotamiento de la facultad de distribución*, por virtud de la cual, el derecho de explotación no sirve para controlar la transmisión de la propiedad de un ejemplar de una obra, luego de haberse verificado la primera venta de ese ejemplar, pudiendo entonces circular libremente y transmitirse su propiedad *ad infinitum*, al margen de los derechos de autor⁸⁷¹.

De hecho, si no existiera esa figura del agotamiento, los derechos de explotación se encontrarían en seria colisión con la propiedad, pues el ejercicio de este último derecho estaría subyugado por la necesidad de pedirle autorización al autor cada vez que se fuese a realizar un acto traslativo de la propiedad o del uso sobre un ejemplar de cierta obra⁸⁷².

⁸⁶⁸ A decir de Carbonell, el a. 27 de nuestra Constitución no contempla la propiedad privada como un derecho fundamental, sino como una garantía institucional. *Vid.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 751.

Mientras que Gutiérrez y González ve en la figura de la expropiación la verdadera garantía de la propiedad, pues una persona sólo puede ser privada de ella mediante ciertas reglas y sólo en casos de utilidad pública. *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 866, p. 308. Excepción hecha con la reciente y polémica figura de la extinción de dominio.

⁸⁶⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 670, p. 461.

⁸⁷⁰ Por ejemplo, *cfr.* el a. 38 de la LFDA.

⁸⁷¹ Sobre este punto, *vid.* Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 738, p. 155.

Asimismo, *cfr.* el a. 27, fr. IV, de la LFDA.

⁸⁷² Con un profundo desconocimiento de la legislación comparada y de los tratados sobre derecho autoral, Lessig afirma que la figura del agotamiento de la facultad de distribución (llamado en EUA “*first sale doctrine*”) no existe en países que siguen la tradición europea, supuestamente como consecuencia de los derechos morales, afirmando lo siguiente respecto de la *first sale doctrine*: “This doctrine differs from the tradition, for example, Europe, where there are ‘moral rights’ that give the creator power over subsequent use”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 724, p. 134.

Esta apreciación es errónea y nos demuestra que este constitucionalista, proclamado “gurú del *copyright*”, ignora aspectos elementales del derecho de autor comparado, pues basta echarle un ojo a tratados como el TODA o a la legislación interna de los países neorromanos, para ver que, una vez efectuada la primera venta del ejemplar de obra, se agota la facultad de distribución y el propietario adquirente puede hacer lo que le plazca con ese soporte material, tal y como sucede en EUA. Además, la referida opinión de Lessig demuestra falta de conocimiento sobre los derechos morales, pues estos de ninguna manera impiden la

10.4.5.- Libre competencia.

Los derechos intelectuales son, en su mayoría, derechos exclusivos o “monopolios legales” (como se les suele llamar)⁸⁷³, pues permiten explotar, por ejemplo, un invento o una obra con exclusión de cualquier competidor⁸⁷⁴. Así vistas las cosas, parecería que esos “derechos monopólicos” no tendrían cabida en un sistema de libre competencia, donde todo actor del mercado tiene, teóricamente, el derecho a ofertar cualquier bien o servicio⁸⁷⁵.

Por tal razón, nuestra Constitución, en su a. 28, párrafo noveno, tajantemente establece que no constituyen monopolios los privilegios que se otorguen a autores, artistas e inventores; esto implica que, independientemente de que pudieran considerarse monopolios desde un punto de vista económico, los derechos intelectuales no son tales desde el punto de vista jurídico. En iguales términos, encontramos el a. 5° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Por consiguiente, los derechos intelectuales gozan de cierta inmunidad – constitucional y legal– frente a la legislación de defensa de la competencia, de tal forma que el tener o ejercer un derecho de autor no puede considerarse, en principio, una práctica monopólica o anticompetitiva sancionable, pues como apunta Jalife, se trata de una “especie de monopolio permitido”⁸⁷⁶.

Empero, eso no significa que a la normativa *antitrust* le sea indiferente la llamada propiedad intelectual; antes al contrario, si bien en principio es lícito detentar y ejercer derechos intelectuales, existen casos en que el ejercicio de dichos derechos puede hacerse en forma anticompetitiva; en tales situaciones sí aplican las consecuencias jurídicas previstas en la legislación de defensa de la competencia⁸⁷⁷. De esta forma, explica Ginebra

circulación de ejemplares de la obra (máxime cuando ya se agotó la facultad de distribución); si acaso, y sólo en casos francamente excepcionales, la facultad moral de integridad puede usarse para impedir la destrucción del ejemplar único de la obra, pero no impide que la propiedad o el uso sobre ese ejemplar pueda transmitirse libremente.

⁸⁷³ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 343, p. 1105; Jalife Daher, Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, México, Mc Graw-Hill, 1998, p. 3; Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas, 2001, p. 184.

⁸⁷⁴ *Vid.* Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, trad. Eduardo L. Suárez, FCE, 1998, pp. 169 y 170.

⁸⁷⁵ Sobre el particular, Lemley, Menell y Merges explican: “Traditionally, the conventional wisdom was that antitrust laws and the intellectual property are in conflict. (...) Baldly stated, the conflict arises because the intellectual property laws grant ‘monopolies’ to inventors, while the goal of antitrust laws is to prevent or restrict monopoly”. Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 343, p. 1105.

Mientras que Landes y Posner indican que “it is widely believed that intellectual property law and antitrust law are enemies – that intellectual property authorizes patent and copyright (and perhaps also trademark and trade secret) monopolies that offend antitrust principles”. Landes, William M., y Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 35, p. 372.

Hay autores que califican esta postura como tradicional o antigua, considerando que en la actualidad, a pesar de existir ciertas tensiones entre derecho de la competencia y propiedad intelectual, hay una relación de complementariedad entre ambas disciplinas. *Cfr.* Piva de Andrade, Gustavo, “La propiedad intelectual y su relación con el derecho antitrust”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 13, 2007, pp. 234 a 239.

⁸⁷⁶ Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 873, p. 4.

En igual sentido, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 712, p. 434.

⁸⁷⁷ En este tenor González de Cossío indica que: “el ‘pacto’ de tolerar un monopolio temporal al creador no justifica que lo utilice anticompetitivamente”. González de Cossío, Francisco, “Competencia

Serrabou lo siguiente respecto de los derechos industriales (aplicable también a los derechos autorales):

El ejercicio de los derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender su monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos⁸⁷⁸.

Mientras que González de Cossío nos refiere que: “no es el derecho intelectual en sí lo que preocupa a la competencia económica, sino su uso y efectos”⁸⁷⁹. Es decir, no resultan reprochables los derechos intelectuales por sí mismos, sino en los casos en que estos son utilizados de forma monopolística⁸⁸⁰.

De hecho, como ponen de manifiesto, Landes y Posner⁸⁸¹, los titulares de las propiedades intelectuales verán moldeados (principalmente, limitados) sus derechos como consecuencia del régimen jurídico de protección de la competencia⁸⁸².

Por tanto, y atendiendo a los principios de la libre competencia y prohibición de prácticas monopólicas (valores previstos a nivel constitucional), habrá casos en que el derecho de explotación de los autores deba de ceder ante la defensa de la competencia, pudiendo esto dar pie a restricciones a ese derecho intelectual.

Incluso, como colofón al presente apartado, cabe citar el a. 17 del Convenio de Berna, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 17) Las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho.

Entre otras cosas, el propósito de esa disposición es permitir a los legisladores nacionales la restricción de derechos de autor con base en el derecho de defensa de la competencia (principalmente para combatir monopolios)⁸⁸³.

10.4.6.- Protección a los consumidores.

Existe una tendencia a considerar los derechos de los consumidores como derechos fundamentales⁸⁸⁴. En el caso mexicano, el a. 28 constitucional (párrafos segundo y tercero) contempla ciertas medidas de protección a los consumidores, e incluso establece que la “ley

económica y propiedad intelectual ¿complementarios o antagónicos?”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 37, 2007, p. 186.

En la misma tónica, Piva de Andrade, Gustavo, *op. cit.*, nota 875, pp. 237 y 238.

⁸⁷⁸ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, nota 873, pp. 183 y 184.

Cfr. también Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 86.

⁸⁷⁹ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 877, p. 188.

⁸⁸⁰ Como ejemplos pueden mencionarse las licencias cruzadas, la negativa a contratar, la monopolización de derechos intelectuales, las fusiones y adquisiciones, las medidas judiciales abusivas, etc. *Cfr.* Piva de Andrade, Gustavo, *op. cit.*, nota 875, pp. 249 a 264.

⁸⁸¹ Landes, William M., y Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 35, p. 372.

⁸⁸² *Vid.* también Vela Treviño, Carlos A., *op. cit.*, nota 65, pp. 205 y ss.

⁸⁸³ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, pp. 116 y 117; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 171.

⁸⁸⁴ Ovalle Favela, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor” en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 561 y ss.

protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Si bien queda claro que en nuestro país la protección al consumidor tiene rango constitucional, se debate sobre si los derechos de este sector pueden ser considerados derechos fundamentales. En este sentido, Carbonell estima que, dados los términos de la breve mención a los consumidores que hace el a. 28, la Constitución “no llega a recoger derechos fundamentales en esta materia”⁸⁸⁵.

Ya por lo que respecta a la relación entre derechos de autor y derechos del consumidor, esta había sido tradicionalmente pacífica. En efecto, con la figura del agotamiento de la facultad de distribución, los consumidores no tenían que preocuparse por ninguna cuestión autoral para el goce de las obras adquiridas. Así, el consumo de libros, discos, películas, etc. no presentaba mayor problema, pudiendo el consumidor revender, prestar, destruir o regalar su ejemplar sin tener que pedir ninguna autorización.

Asimismo, cuando la tecnología permitió hacer reproducciones caseras de obras (por ejemplo, mediante audiocasetes y videocasetes), la figura de la copia privada como restricción al derecho de explotación, sirvió para no afectar los intereses de los consumidores. Lo mismo pasaba con las comunicaciones privadas de las obras, las cuales se encuentran al margen del derecho de explotación (particularmente de la facultad de comunicación pública).

Sin embargo, las cosas han cambiado y, en la actualidad, los derechos de los consumidores son de los que más friccionan con los derechos de autor. Como veremos a detalle en el siguiente capítulo, el advenimiento de la tecnología digital alteró la situación de los consumidores frente a los derechos de autor⁸⁸⁶; asimismo, dicho resultado también ha sido fruto del desmedido crecimiento de estos últimos⁸⁸⁷.

En efecto, los consumidores consideran que sus derechos han sido afectados por las medidas tecnológicas de protección, la persecución de ciertas prácticas para compartir archivos digitales, el derecho de remuneración por copia privada, el uso de contratos de adhesión para tener acceso a las obras, etc⁸⁸⁸.

De hecho, mientras que en el ámbito analógico los consumidores no necesitan celebrar contratos con los titulares de derechos de autor para gozar de las obras (basta meros actos de compraventa, arrendamiento, mutuo, donación, etc., con el propietario del soporte material), en el entorno digital el consumidor debe celebrar contratos de licencia con el titular de derechos intelectuales. Esto en virtud de dos razones: toda utilización digital de una obra implica su reproducción (y por ende, entra en juego la facultad de

⁸⁸⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 618, p. 938.

⁸⁸⁶ “The deployment of the digital networked environment has transformed the manner in which works are created, used, transformed, and distributed on the mass market. The digitisation of creative content poses an unprecedented challenge to all parties involved. While it allows individuals to consume and enjoy works in new ways, digital technology does give them the capacity to flawlessly reproduce and redistribute these works worldwide, with or without the prior authorisation of the rights owner. At the same time, advances in digital technology provide copyright owners with a growing possibility to either restrict or charge for every use of their creative works”. Guibault, Lucie, y Helberger, Natali, “Copyright law and consumer protection”, Bruselas, estudio encargado por el European Consumer Law Group, 2005, p. 1.

En el mismo sentido, Fisher III, William, *op. cit.*, nota 544.

⁸⁸⁷ Schovsbo, Jens, “Integrating consumers rights into copyright law: from a European perspective”, *Journal of consumer policy*, Países Bajos, núm. 31, 2008, pp. 393 y ss.

⁸⁸⁸ Guibault, Lucie, y Helberger, Natali, *op. cit.*, nota 886, pp. 1, 5, 20 y 24; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1062 y 1063.

reproducción), y en el ámbito digital el acceso y uso de las obras suele estar controlado por medidas tecnológicas de protección (de manera que no se puede acceder a la obra si no se aceptan los términos de uso que impone al consumidor el titular de derechos, normalmente a través de un contrato de adhesión). Ambas razones son explicadas en el siguiente capítulo.

Así, en ciertos casos, se presentan colisiones entre los derechos de los consumidores y los derechos de los autores⁸⁸⁹. En este sentido, Jalife nos refiere:

Es creciente y tangible que un cada vez mayor número de consumidores, organizados o no, perciben al derecho de autor como un ente ajeno y legaloide que impide el acceso a las obras y a los contenidos; nada más inexacto, sin embargo, el gran reto, a partir de ahora, es la reconciliación entre ese gran instrumento del fomento a la creatividad y sus finales destinatarios⁸⁹⁰.

Dada la protección constitucional de que gozan los consumidores, dichos intereses pueden actuar para restringir los derechos de los autores en ciertas circunstancias.

Con eso terminamos el análisis del tema de las restricciones al derecho de explotación y de los derechos fundamentales que le dan sustento. En el siguiente capítulo evaluaremos la situación actual de los derechos de autor (con especial referencia a Internet) y sus colisiones con los derechos fundamentales, con lo que pretendemos estudiar qué tanto están ayudando las restricciones al derecho de explotación para resolver esa problemática hoy en día.

⁸⁸⁹ *Vid.* Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 348, pp. 66 y ss; y Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 132.

⁸⁹⁰ Jalife Daher, Mauricio, “Tiempo de revisión al derecho de autor”, *El Financiero*, México, 12 de mayo de 2010, p. 23.

CAPÍTULO QUINTO

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN: PROBLEMÁTICA ACTUAL Y NUEVOS PARADIGMAS

Como toda clase de instituciones jurídicas, las restricciones a los derechos de explotación siempre han tenido muchas oportunidades de mejorarse y perfeccionarse. Empero, con la revolución digital y la aparición de Internet¹, surgieron una serie de retos para los derechos de autor en general (y para sus restricciones en particular), de tal forma que, el debate actual sobre las restricciones a los derechos de explotación no puede entenderse sin hacerse referencia al cambio de situación que han ocasionado las nuevas tecnologías².

Por tal razón, en este capítulo hacemos referencia al impacto que generó Internet en los derechos de autor, y cuáles han sido las reacciones jurídicas a ese fenómeno (como veremos, existen ya varias normas sobre el particular, tanto nacionales como internacionales).

Empero, muchas de las soluciones adoptadas han sido controvertidas y han generado un intenso debate, cuestionando a los derechos de autor como institución jurídica (lo que evidentemente repercute en el tema de las restricciones). Hacemos aquí un compendio de las diferentes posturas, así como su crítica, ya que mucha de la problemática se puede solucionar con un buen ajuste a la forma en que concebimos y aplicamos las restricciones al derecho de explotación (sin tener que hacer mayores cambios a la regulación de derechos de autor en general).

Finalmente, luego de realizar un balance sobre la importancia de las restricciones al derecho de explotación, hacemos una propuesta sobre las mejoras que se pueden implementar a esta figura, teniendo como guía y finalidad el máximo respeto a *todos* los derechos fundamentales involucrados (desde luego, en la mayor medida de lo posible, al constituir mandatos de optimización).

1.- Los retos de los derechos de autor ante Internet.

La incesante aparición de tecnologías siempre ha generado retos a los derechos de autor, desde el surgimiento mismo de la imprenta, pasando por la pianola, la fotografía, el fonógrafo, el cinematógrafo, la radio, la televisión, las fotocopiadoras, las transmisiones satelitales, la computación, la videocasetera y, ahora, Internet. Periódicamente, con la aparición de una nueva tecnología, surgen profetas que vaticinan el fin de los derechos

¹ Debemos recordar que nos encontramos en el auge de la llamada “era de la información”, “sociedad de la información” o “tercera revolución industrial”. Cfr. Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 28; Díaz Müller, Luis T., *El derecho de la ciencia y la tecnología del desarrollo*, México, Porrúa, 1995, pp. 4 y ss (quien explica que esta tercera revolución industrial pone énfasis en el conocimiento y ha venido desarrollándose desde 1945 a la fecha); y Sánchez Bravo, Álvaro, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 25 a 27 (quien destaca que en esta nueva era, la información circula rápidamente a grandes distancias).

² “El tema de los límites a los derechos de propiedad intelectual es un tema polémico y de actualidad (...). Si ya en el ámbito analógico plantean problemas en cuanto a su aplicación, cuanto más en el entorno digital”. López Maza, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, Comares, 2009, p. 4.

de autor y su obsolescencia³; profetas que invariablemente yerran, dado que los derechos de autor se adaptan y generan respuestas a esos retos (algunas veces con mayor éxito y de mejor manera que otras)⁴.

En el caso de Internet, el reto ha sido más complejo, como veremos a continuación, pues la interactividad de las redes, la calidad de las copias y la economía en tiempo y dinero, han masificado y abaratado el uso de las obras, cambiando los hábitos de consumo. De igual forma, mientras que las industrias culturales antes eran los principales difusores de obras, Internet permite que cualquier cibernauta asuma la posición de un emisor de contenidos, incorporando toda clase de obras a un sitio web, enviándolas a listas de correo, utilizando sistemas de intercambios de archivos (*p2p*) o cargándolas en plataformas como *Youtube*⁵.

La Internet conjunta dos tecnologías previamente existentes, pero que al unirse han significado una verdadera revolución en el ámbito de las comunicaciones: la digitalización y las redes de telecomunicaciones⁶. La digitalización de obras permite su reproducción perfecta, sin pérdida de calidad; mientras que las redes de telecomunicaciones permiten, fácil y rápidamente, el intercambio de obras digitalizadas.

En este sentido, son varios los retos que Internet plantea a los diversos tipos de derechos de autor, a saber: la protección jurídica de las páginas web, la creación de

³ Entre nosotros tenemos, como ejemplo de esta postura, a Blanco Labra, quien hace más de 12 años señaló: “Con la nueva tecnología están en la total obsolescencia los sacrosantos principios del derecho de autor clásico (q.e.p.d.), tales como el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de una obra o el de oponerse a toda modificación no autorizada de la misma. Letra muerta”, añadiendo que: “La tecnología digital construyó el ataúd del derecho de autor clásico (y de sus acérrimos defensores)”. Blanco Labra, Víctor, “El nuevo derecho de autor (‘who needs copyright?’) y los nuevos tratados internacionales en formato beta” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 275.

También *cfr.* Lunney Jr., Glynn S., “The death of copyright: digital technologies, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act”, *Virginia law review*, EUA, vol. 87, 2001, pp. 813 y ss.

En particular, respecto de Internet, Bugallo nos indica: “Algunas personas se han pronunciado, incluso, en el sentido de que el uso de las redes electrónicas iba a significar la muerte del derecho de autor tal como se conoce actualmente”. Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 767.

De igual forma, el jurista alemán, Daniel Stengel, también nos refiere este fenómeno: “Mientras que algunos autores ven el final de los derechos de autor bien cerca, a causa de los nuevos métodos de copia digital, otros alertan de la llegada de un control digital completo”. Stengel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía” (trad. Paola Spada), *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 106.

⁴ Reinbothe, Jörg, “European copyright – yesterday, today, tomorrow” en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, pp. 405 y 408; Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 73 y ss; De la Parra Trujillo, Eduardo, “Napster y el futuro de los derechos de autor”, *Cauces*, México, FD-UNAM, año I, núm. 2, abril-junio 2002, p. 18.

De esta manera, indica Pamela Samuelson que: “Given the frequency with which someone suggests that IP is in trouble, and given the how successfully IP has adapted to two hundred years of technological change, it is important to be clear about the nature of the issues that motivate the current concern”. Samuelson, Pamela, “The digital dilemma: a perspective on intellectual property in the information age”, <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/digdilsyn.pdf>, septiembre de 2009, p. 6.

⁵ Sobre las dificultades propias de Internet, *cfr.* Akester, Patricia, “The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture”, estudio encargado por la UNESCO para la 14ª sesión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, junio 2010, p. 4; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 5; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, pp. 11 y ss.

⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Ganada, 2a. ed., Comares, 2003, p. 51.

obras en colaboración utilizando las redes digitales (lo que permite producir la obra en diversas partes del mundo simultáneamente), problemas de derecho conflictual en cuanto a la legislación aplicable a las transmisiones digitales (y el correlativo problema del tribunal competente en caso de una reclamación), el respeto a los derechos morales (principalmente la facultad de integridad), la aplicación de los derechos de explotación frente a las utilizaciones interactivas de obras en la red, las restricciones a los derechos de explotación aplicables en Internet, la responsabilidad jurídica de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por la transmisión de obras en Internet, la contratación para uso de obras en Internet y la contratación electrónica, el uso de medidas tecnológicas de protección de obras, nuevas modalidades de gestión colectiva de derechos, etc.⁷.

Desde luego, excedería por mucho los fines de esta investigación analizar cada uno de esos problemas, por lo que únicamente nos limitaremos a los que derivan de la aplicación del derecho de explotación y sus restricciones en Internet.

Para esto, debemos responder previamente una pregunta: ¿el derecho puede regular a la Internet o estamos ante un ámbito ajeno a su control?

2.- La regulación jurídica de Internet.

Aunque en la actualidad no falte quien diga que Internet no puede ser regulada por el derecho, la doctrina mayoritaria y la experiencia de los países nos demuestran lo contrario. Veamos rápidamente la evolución de la regulación jurídica de Internet.

Cuando surgió esta red de telecomunicaciones, las primeras ideas que empezaron a circular apuntaban que Internet o “el ciberespacio” era un nuevo *lugar* en donde no aplicaban las leyes de los estados nacionales⁸.

Es muy conocida la historia de la “violación virtual” que perpetró el payaso ficticio, Mr. Bungle, en la comunidad de LamdaMOO y que motivó las reflexiones de diversos analistas sociales. LamdaMOO era una comunidad en Internet diseñada como una mansión en la que podían convivir los cibernautas adoptando algún personaje o *avatar*; un día Mr. Bungle, un personaje caracterizado como un payaso malévolo, utilizando una muñeca vudú, violó y humilló a varios de los personajes presentes en ese momento en la sala virtual de LamdaMOO⁹.

En realidad no hubo ninguna violación (no existió agresión física real), sino, más bien, una serie de estudiantes tecleando sus computadoras y presenciando la acción en sus pantallas, pero ese acontecimiento movió a la reflexión a la comunidad de LamdaMOO, quienes discutieron varias opciones, como el continuar sin ninguna regla de conducta para los usuarios, el castigar a Mr. Bungle desapareciéndolo de la comunidad, e incluso, hubo quienes, a pesar de reprochar la conducta del usuario en cuestión, pensaban que no podía ser castigado porque en LamdaMOO no existían reglas previamente establecidas y nadie podía ser sancionado por violar normas inexistentes. Todavía no había consenso sobre qué hacer con Mr. Bungle, cuando TomTraceback, uno de los administradores de LambdaMOO, unilateralmente decidió remover en forma definitiva al payaso de la comunidad. Posteriormente, la comunidad estableció un sistema de votación para tomar las decisiones que afectarían a la colectividad en

⁷ *Ibidem*, pp. 53 a 63.

⁸ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *Who controls the Internet? Illusions of a borderless world*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 13 y ss.

⁹ Dibbell, Julian, “A rape un cyberspace” en Dibbell, Julian, *My tiny life. Crime and passion in a virtual world*, EUA, Henry Holt and Company, 1998, p. 13.

LambdaMOO: un sistema de organización política había nacido, es decir, una base de datos se había convertido en una sociedad¹⁰.

Lo anterior resulta muy relevante para el tema de la regulación jurídica de Internet, pues el caso de LambdaMOO ilustra claramente la idea de que Internet es un *lugar*, y como tal, que este sitio podía y debía autogobernarse por los usuarios que estaban en él¹¹. Tal idea fue muy comentada en la última década del siglo pasado y constituye una primera postura respecto de la regulación de Internet.

Posiblemente es John Perry Barlow el principal exponente de quienes consideran a Internet como un lugar separado del mundo real.

Durante la década de los noventa, Barlow escribió una serie de artículos de opinión en la revista *Wired*, donde explicaba las bondades del ciberespacio, al que concebía como un nuevo mundo que debía ser explorado (y el articulista invitaba a ello), pero advertía que esta nueva frontera, a la que llamó “frontera electrónica”, estaba en riesgo de ser colonizada por el gobierno, por lo que había que defenderla¹².

Una de las obras más conocidas de Barlow es la *Declaración de Independencia del Ciberespacio*¹³ de febrero de 1996, en donde, rayando en el anarquismo, retoma esta idea del ciberespacio como un lugar¹⁴ que está fuera de las fronteras de los gobiernos¹⁵ (sic, Estados), declara que los gobiernos del mundo carecen de soberanía ahí¹⁶, e indica que en el ciberespacio no hay gobierno electo y, probablemente, nunca llegue a existir tal¹⁷.

Pérez Luño nos destaca tres ideas rectoras en la *Declaración* de Barlow, a saber: 1) que los cibernautas son autónomos respecto de las autoridades estatales, 2) que se niegan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales, y 3) que hay una confianza utópica en la existencia de un ciberespacio ideal¹⁸.

Empero, la ideología de Barlow no se quedó como una postura meramente teórica, sino que fue llevada a la práctica. Efectivamente, junto con Mitch Kapor y John Gilmore, Barlow fundó la *Electronic Frontier Foundation*, una organización dedicada a desarrollar jurídicamente la idea del ciberespacio como un lugar separado y a defender esa frontera contra las intrusiones del gobierno¹⁹.

Inclusive, la concepción de Barlow llegó a tener eco en la Suprema Corte de Justicia de EUA. En el famoso caso *ACLU v. Reno* de 1997, ese tribunal declaró inconstitucional la *Communications Decency Act* por ser contraria a la primera enmienda (derecho a la información). Lo destacable del asunto, es que en la resolución de la Suprema Corte se menciona, expresamente, que el ciberespacio no está ubicado en

¹⁰ *Ibidem*, pp. 17 a 25.

¹¹ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 16.

¹² Barlow, John Perry, “Jack in, young pioneer!”, http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/jack_in_young_pioneer.html, julio de 2009.

¹³ Barlow, John Perry, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, julio de 2009.

¹⁴ “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us”.

¹⁵ “Cyberspace does not lie within your borders”.

¹⁶ “You have no sovereignty where we gather”.

¹⁷ “We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks”.

¹⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, España, Universidad de Huelva, vol. 2, 2002, pp. 108 y 109.

¹⁹ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 18.

un lugar geográfico, e incluso, la ministra Sandra Day O'Connor, en su voto particular, afirmó que el mundo electrónico es fundamentalmente diferente²⁰.

Sin embargo, el idealismo de las posturas que rechazan la regulación jurídica, traería aparejada una consecuencia irrefutable: quienes tengan más fuerza o poder en Internet, serán quienes en realidad la controlen. Acertadamente indicó Lawrence Lessig: “we have every reason to believe that cyberspace, left to itself, will not fulfill the promise of freedom. Left to itself, cyberspace will become a perfect tool of control”²¹.

Y aquí cabe recordar las ideas de Ferrajoli²², cuando nos dice que la *ley del más fuerte* es la que prevalece ante la ausencia de la ley del más débil (misma que se desprende la regulación jurídica). En este sentido, como se ha puesto de manifiesto, Internet, más que estar autorregulada por los cibernautas, estaría controlada por los grandes consorcios económicos, principalmente en materia de telecomunicaciones y *software*²³, quienes impondrían su voluntad con base a su poder²⁴.

En pocas palabras: sería abandonar Internet a manos de los grandes intereses económicos. Con acierto, Pérez Luño sostiene que: “Paradójicamente los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los cibernautas particulares, sino las grandes multinacionales”²⁵.

Desde luego, esta “autorregulación” traería aparejado un serio déficit democrático²⁶, pues las decisiones que se tomaran en relación con la red de redes, no provendrían de órganos electos por los ciudadanos y dentro de un sistema de pesos y contrapesos controlado jurídicamente²⁷, sino vendría de particulares que *de facto* ostenten el poder²⁸.

A pesar del auge que en su momento tuvo el movimiento en contra de la regulación jurídica de Internet (al que Lessig llama “la primera generación de pensamiento sobre Internet”²⁹), en la actualidad es una postura teórica ampliamente superada³⁰, pues hoy es claro que la red *puede y debe* regularse jurídicamente³¹.

²⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22; y Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, México, 3a. ed., McGraw-Hill, 2003, p. 88.

Si bien es difícil que en la actualidad un tribunal haga afirmaciones de ese tipo, una ley similar a la *Communications Decency Act* probablemente sería declarada inconstitucional también, por afectar severamente las libertades informativas en Internet.

²¹ Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, pp. 5 y 6.

²² Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, p. 127.

²³ Como bien dice Pérez Luño: “el ciberespacio está siendo colonizado despiadadamente por todos los gigantes de las telecomunicaciones”. Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 18, p. 109.

²⁴ De ahí que Rodríguez Moreno advierta que, si el control de Internet proviniera de las grandes empresas, el mercado sería la verdadera Constitución del ciberespacio. *Vid.* Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 120.

²⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 18, p. 109.

²⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2001, p. 81.

²⁷ Recuérdese el ejemplo de TomTraceback en LambdaMOO, autoridad no electa, que unilateralmente decidió cómo resolver el problema más serio que se había planteado en esa comunidad.

²⁸ No creemos que sea mera casualidad que entre quienes han financiado la *Electronic Frontier Foundation* estén *Microsoft*, *Hewlett-Packard*, el fundador de *Sun Microsystems*, y otros miembros de la elite de *Silicon Valley*. Sobre estas fuentes de financiamiento, *cfr.* Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 19.

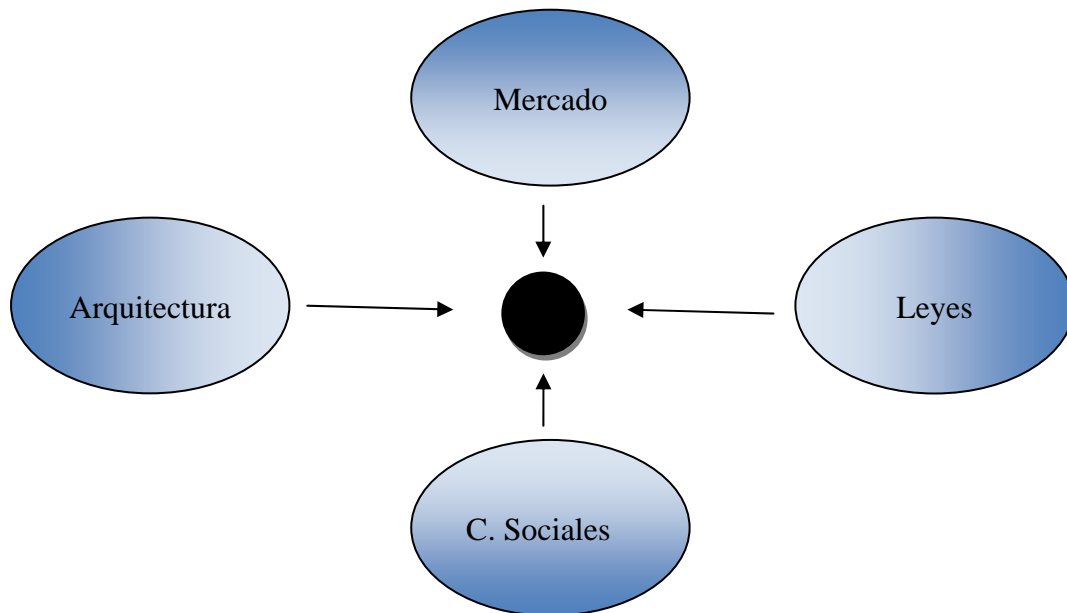
²⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 24.

³⁰ “Today, notions of a self-governing cyberspace are largely discredited. But the historical significance of these ideas cannot be ignored”. Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 14.

De entrada, la etimología del vocablo “ciberspacio” trae en, sí misma, la idea de control, ya que la *cibernética* es el estudio del control a distancia, y busca encontrar los medios más eficaces de control³². De hecho, lejos de los lugares comunes sobre la no territorialidad de Internet y la imposibilidad de control por parte de los estados nacionales, los acontecimientos que se han verificado desde hace más de una década, nos demuestran que Internet *puede* controlarse y que la coacción estatal y la geografía siguen teniendo gran importancia³³.

En este sentido, ya desde la última década del siglo pasado, Lessig demostró que, contrario a la proclamación de que Internet es imposible de controlar, la verdad es que la red resulta ser inherentemente regulable. Veamos.

En su brillante e influyente estudio, *Code and other laws of cyberspace*, Lessig nos proporciona un esquema analítico sobre las diferentes formas de regular la conducta de alguien: las leyes (*laws*), los convencionalismos sociales (*social norms*), el mercado (*market*) y la arquitectura (*architecture*)³⁴. Esquematiéndose de la siguiente forma³⁵:



Las *leyes* regulan a los sujetos mediante la amenaza de una sanción; lo mismo sucede con los *convencionalismos sociales*, aunque en este caso la sanción es impuesta por la comunidad y no por el aparato estatal. El *mercado* regula a través de los precios,

Paradójicamente, los anarquistas quieren a los gobiernos totalmente fuera de Internet, cuando dicha red nació gracias al financiamiento y apoyo gubernamental. Cfr. Spinello, Richard A., *Regulating cyberspace: the policies and technologies of control*, EUA, Quorum Books, 2002, p. 36.

³¹ Hoy por hoy, la autorregulación de Internet se suele concebir como un complemento a la regulación jurídica, más no como un sustituto. Cfr. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 133.

Sobre la autorregulación, como un elemento adicional a la regulación estatal, cfr. Ovilla Bueno, Rocío, “Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, IJ-UNAM, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto 1998, pp. 425 y 426.

En igual sentido, vid. Villanueva, Ernesto, *Temas selectos de derecho de la información*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 139 y ss.

³² Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 5.

³³ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. VIII.

³⁴ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, pp. 86 y 87.

³⁵ *Ibidem*, p. 88.

pues a mayor precio menos incentivo para realizar algo. Finalmente, la *arquitectura* es el diseño o construcción de algo, y sirve para regular conductas pues determina la forma de usar ese algo³⁶. Cada uno de esos cuatro reguladores de la conducta son interdependientes, y pueden apoyarse mutuamente, así como pueden oponerse³⁷.

Lessig aplica este modelo analítico a Internet³⁸, llegando a la conclusión de que Internet sí está regulada, y que a ella aplican los cuatro reguladores indicados, proporcionándonos algunos ejemplos: las *leyes* regulan la Internet a través de disposiciones sobre la difamación o los derechos de autor, por ejemplo; los *convencionalismos sociales* pueden apreciarse a través de las costumbres de los usuarios, por ejemplo, silenciar a quien acapara un foro de discusión; el *mercado* regula Internet poniendo precios para acceder a ciertos sitios o descargar determinados contenidos; la *arquitectura* también regula la red, por ejemplo, sujetando el acceso a ciertos contenidos a teclear una contraseña o encriptando cierta información³⁹.

Sin embargo, el referido académico encuentra que las conductas en línea son controladas, principalmente, a través de la arquitectura (*hardware* y, sobretudo, el *software*), y no tanto por las leyes⁴⁰. De ahí que, este autor llegue a la conclusión de que el código es el principal regulador de Internet, acuñando su célebre frase: “*code is law*”⁴¹.

Un ejemplo de esto son las medidas tecnológicas de protección, pues en el ámbito digital ha resultado más conveniente poner mecanismos anticopia en las obras para impedir su reproducción (regulación por arquitectura), que el hecho de que las leyes prohíban la copia de las creaciones protegidas (regulación por ley)⁴².

En este sentido, Lessig afirma que los estados pueden controlar Internet a través de la arquitectura. Por lo que, indirectamente, dictando leyes sobre cómo debe ser el código, se puede regular Internet⁴³.

Con esto, Lessig demuestra cómo es posible regular la Internet, aunque se le critica el que se haya quedado corto al no darle mayor importancia a la regulación jurídica y sobreestimar la función del código.

De hecho, el derecho sigue siendo una importante herramienta de regulación de conductas en la red. Como bien explican Goldsmith y Wu, el derecho nacional de un estado, tan territorial y limitado como puede ser, sirve para regular Internet. Veamos.

Los autores en glosa dividen a los sujetos materia de regulación del derecho en tres clases: *fuentes* (por ejemplo, fabricantes), *intermediarios* (por ejemplo, tiendas) y *destinatarios* (por ejemplo, compradores). En el supuesto de que los tres sujetos de la cadena se encuentren dentro de las fronteras de un Estado, este puede fácilmente decidir cómo regular la conducta de cada uno de ellos, dando lugar a un esquema como este⁴⁴:

³⁶ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

³⁷ *Ibidem*, p. 88.

³⁸ Aunque puede aplicarse prácticamente a cualquier fenómeno jurídicamente relevante para analizar cómo interactúan los cuatro reguladores de la conducta.

Por ejemplo, en México este modelo se ha utilizado para el análisis de la justicia penal. *Vid.* Pérez Correa, Catalina, “La ley del espacio: la arquitectura y otras formas de regular la conducta” en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2008, pp. 304 y ss.

³⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, pp. 88 y 89.

Vid. asimismo, Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, pp. 36 y 37.

⁴⁰ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 20.

⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

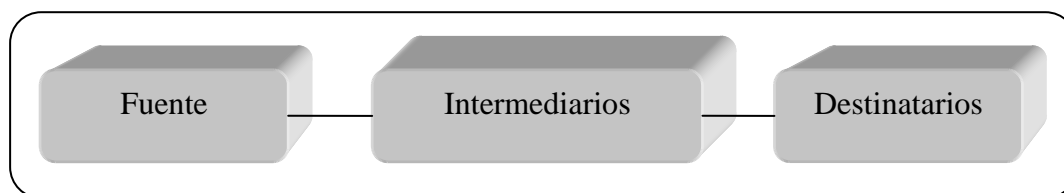
Coincide con esta apreciación Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 22.

⁴² Sobre las medidas tecnológicas de protección, profundizamos *infra* en el apartado 3.2.4.

⁴³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 99.

⁴⁴ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 68 y 69.

Estado



Existen casos en donde la fuente se encuentra fuera del territorio, y por ende, no puede ser regulada por el Estado; sin embargo, siguen estando bajo su control los intermediarios y destinatarios, cuya conducta sí puede regular. Sería el supuesto, por ejemplo, del contrabando, pues aunque la fuente de la conducta esté fuera de su control (fabricación de productos ilícitos), el Estado puede ordenar que los intermediarios no comercialicen esos productos y los destinatarios no los adquieran. El esquema sería así⁴⁵:

Estado



En este sentido, mientras alguno de los tres sujetos de la cadena esté dentro del territorio de un Estado, el mismo podrá regular su conducta⁴⁶. Particularmente, resulta destacable la ubicación de los intermediarios, pues una técnica regulatoria muy común es controlar la conducta de los gobernados en forma colectiva, es decir, a través de la regulación de los intermediarios⁴⁷.

Precisamente, esta es la forma en que los estados regulan Internet: controlando a los intermediarios que se encuentran dentro de sus respectivos territorios. Y es que, lejos de ser un *lugar* diferente (un *ciberespacio*), la Internet no es otra cosa más que una serie de computadoras conectadas entre sí⁴⁸ y operadas por diversas personas; esos aparatos, esos cables y esos sujetos, se encuentran *físicamente* dentro del territorio de los estados. Lejos de la idílica visión de Barlow sobre la Internet como la tierra de la libertad, Internet no es nada más que una serie de aparatos, cables y antenas interconectados a lo largo de todo el planeta, con el fin de enviar y transmitir información.

Así las cosas, Goldsmith y Wu explican que, en el contexto de Internet, *siempre* hay intermediarios locales, y por eso, los estados se encuentran en posibilidad de regular Internet a través del control que pueden ejercer sobre los intermediarios que estén dentro de su territorio⁴⁹. En este sentido, explica Escobar que:

⁴⁵ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁸ "Internet es una red de redes. Si intentáramos dibujarla seguramente la presentaríamos con un formato distribuido, reticular, de incontables nodos interrelacionados". Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, nota 20, p. 85.

⁴⁹ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 70 y 71.

hay un alto grado de acuerdo en admitir que las responsabilidades que se derivan de las conductas ilegales o de la comisión de actos delictivos recaigan en los agentes de las redes de información que intervienen en el sistema⁵⁰.

Podemos decir que se trata de un *sistema territorial* de control de Internet, algo que para muchos era inconcebible⁵¹, pero que ha funcionado en la práctica⁵². De hecho, hay autores, como Escobar de la Serna, que, ante la imposibilidad de regular detalladamente Internet vía derecho internacional (pues es difícil un conceso sobre todos los temas clave de la red), concluyen que “la alternativa más deseable se decanta por la regulación mediante normas jurídicas de los Estados nacionales de acuerdo a sus respectivos sistemas legales”⁵³. En el mismo sentido, esgrimiendo argumentos provenientes de las teorías democráticas de corte liberal, Netanel afirma que corresponde al Estado liberal determinar qué aspectos de Internet deberá regular⁵⁴.

Por lo tanto, la regulación jurídica de los intermediarios en la red, ha sido la clave. Entre los principales intermediarios de Internet podemos mencionar los siguientes: proveedores de servicios de Internet (ISP), proveedores de acceso, motores de búsqueda, intermediarios financieros, etc⁵⁵.

Desde luego esta forma de regular Internet no es perfecta ni absolutamente efectiva⁵⁶, y plantea problemas constantes de determinación del tribunal competente y la legislación aplicable⁵⁷.

Pero sea como sea, el fenómeno de la posibilidad de regulación jurídica de la Internet no puede hoy negarse. Claros ejemplos son la *Digital Millenium Copyright Act* de los EUA y la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, instrumentos en donde se regulan las responsabilidades de los intermediarios de Internet⁵⁸.

En el caso de México, en la actualidad encontramos diversas disposiciones jurídicas que regulan Internet, desde la LFDA hasta las normas de contratación electrónica contenidas en el CCF, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor⁵⁹. De hecho, en los primeros estudios jurídicos que se hicieron en nuestro país sobre la reglamentación de Internet, se previó que se realizarían

⁵⁰ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la información*, Madrid, 2a. ed., Dykinson, 2001, p. 649.

⁵¹ Por ejemplo, Jijena, Palazzi y Téllez opinan que, debido a que Internet no respeta límites geográficos ni reconoce jurisdicciones estatales, los abogados y parlamentarios no han entendido que Internet, supuestamente, descansa en una no regulación o desregulación local (en su caso, afirman, Internet sólo podría regularse por un tratado internacional). *Cfr.* Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés, y Téllez Valdés, Julio, *El derecho y la sociedad de la información: la importancia de Internet en el mundo actual*, México, Miguel Ángel Porrúa / Tec de Monterrey-CEM, 2003, p. 25.

⁵² Ya en el extremo de lo no deseable, tenemos el caso de países como China y Cuba que, mediante el control de los intermediarios ubicados dentro de su territorio, han llegado a controlar Internet a tal grado, que han ejercido una criticable censura.

⁵³ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 50, p. 635.

⁵⁴ Netanel, Neil Weinstock, “Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory”, *California law review*, EUA, vol. 88, 2000, p. 498.

⁵⁵ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 73 a 78; y Esteve González, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Granada, Comares, 2006, p. 108 y 112.

⁵⁶ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 81; y Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 50, p. 650.

⁵⁷ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 93 a 98.

⁵⁸ Para más detalles, *vid.* De la Parra Trujillo, Eduardo, Voz “Contenidos ilícitos y nocivos en Internet” en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 2006, pp. 108 y ss.

⁵⁹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 190 y 191.

cambios en nuestras instituciones jurídicas para regular algunos aspectos de este fenómeno de las telecomunicaciones⁶⁰, tal como efectivamente sucedió.

Por tanto, en la actualidad ya no se debe cuestionar la posibilidad de que el derecho regule Internet, sino más bien se ha de analizar la pertinencia e idoneidad *de cada regulación*, así como su compatibilidad con la Constitución y los derechos fundamentales.

Desde luego, amén de la posibilidad fáctica de regular Internet, también existe un *deber* del Estado de regular este medio de comunicación, dado que a través de la red se pueden realizar diversas conductas ilícitas y afectar los derechos de los gobernados; siendo obvio que los estados no pueden abdicar a su vocación de organizar las relaciones sociales (incluso en línea) y de proteger a los individuos.

En este sentido, coincidimos absolutamente con Escobar de la Serna cuando afirma:

Particularmente en los países democráticos, no existe fundamento alguno para que la información de Internet no quede sometida a las mismas normas que son aplicables en cada país a la transmisión de información escrita o emitida en los medios de comunicación habituales. En suma, la singularidad del soporte técnico no puede hacer de Internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho o del sometimiento a la ley⁶¹.

Y es que, efectivamente, no hay motivo de distinción: ¿por qué castigar la pornografía infantil en otros medios, pero no en Internet? ¿por qué no perseguir los fraudes en línea? ¿por qué permitir ataques al derecho a la intimidad en la red?

Por ejemplo, Netanel considera que en Internet hay cuestiones que necesariamente deben ser reguladas por el Estado, incluyendo los frecuentes problemas de discriminación a usuarios de la red, protección de datos personales, acceso equitativo a Internet, entre otros⁶².

De igual forma, Fernández Rodríguez, luego de pronunciarse por una regulación estatal garantista y de “mínimos”, afirma:

Esta regulación, que sí debe existir, tiene que buscar, ante todo, no el control y la represión sino la facilidad el acceso, la igualdad en el mismo, la seguridad y el fomento el uso de la Red, que es una herramienta muy útil para el desarrollo de las modernas sociedades en términos económicos, sociales y culturales⁶³.

Y aquí una de las palabras clave es “seguridad”. Los estados deben velar por la seguridad de Internet, que este medio de comunicación no sea una “tierra de nadie” o un coto de unos cuantos, sino un medio que todos podamos utilizar con un mínimo de seguridad y respeto a nuestros derechos.

Así las cosas, el Estado debe proteger los mismos derechos en Internet, desde el derecho a la información (para que circulen toda clase de ideas y datos) hasta otros derechos involucrados, como el derecho a la propia imagen, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y al control de los datos personales, el derecho real de propiedad, etc.

⁶⁰ Barrios Garrido, Gabriela, Muñoz de Alba Medrano, Marcia, y Pérez Bustillo, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 24.

⁶¹ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 50, p. 636.

Mientras que Spinello afirma que la autonomía absoluta en Internet puede ser objeto de abusos y causar daños a la sociedad. *Cfr.* Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 21.

⁶² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 54, pp. 453 a 483.

⁶³ Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IIJ-UNAM, 2004, p. 174.

Desde luego, tampoco hay argumento válido para proteger los derechos de los autores en el ámbito analógico, pero no protegerlos en Internet, máxime cuando en el capítulo tercero del presente trabajo vimos que existe un derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, el cual exige la tutela de los intereses económicos y morales de los autores (sin distinción de medios o tecnologías).

Coincidimos en esencia con Sofía Rodríguez cuando indica:

Es por ello que no puede desconocerse el hecho de que la presencia del derecho es necesaria en la red, y particularmente dentro de nuestro objeto de estudio, la presencia el derecho de autor. El ciberespacio no es un lugar anárquico, pues muchos de los postulados del mundo físico le son plenamente aplicables: el deber de respeto al derecho ajeno, por ejemplo, se emplea tanto para el mundo real como en el ámbito digital⁶⁴.

Así, se concluye que el derecho puede y debe regular Internet, incluyendo lo relativo a la protección de los autores⁶⁵. El alcance, los medios y el tipo de protección autorial ya son otros temas, a los que nos referiremos en los siguientes apartados.

3.- Las respuestas oficiales a la Internet en el ámbito del derecho de explotación.

Una vez que quedó claro el punto de que el derecho puede (y en muchos casos debe) regular Internet, veremos ahora la problemática que la red de redes le genera a los derechos de autor y cuáles han sido las respuestas que los estados, en lo individual y en conjunto, han formulado.

3.1.- El derecho de explotación frente a Internet.

De entre los diversos retos que Internet plantea a los derechos de autor, señalados en el apartado 1 del presente capítulo, de momento sólo nos interesan los relativos al derecho de explotación, y particularmente los concernientes a la *difusión de las obras a través de Internet*.

Desde la apertura de la red al público se plantearon diversos cuestionamientos sobre el uso de obras en este medio, empezando por la pregunta misma de si la legislación de derechos de autor alcanzaba a Internet, y en caso de que la respuesta fuera positiva, surgía la interrogante de qué facultad del derecho de explotación aplicaba: la reproducción, la comunicación pública, la distribución, etc.

Más cuestionantes fueron apareciendo, como la relativa a qué restricciones al derecho de explotación son aplicables en línea (punto de capital interés en la presente investigación), o la concerniente a si, independientemente de la letra de la ley, era realmente posible la protección de las obras que circulan por Internet.

No es exagerado decir que, en los albores de la popularización de Internet, surgió un miedo entre los titulares de los derechos de explotación a que este nuevo medio fuera

⁶⁴ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 150.

⁶⁵ *Cfr.* también la resolución Q216 de la AIPPI, de 6 de octubre de 2010, p. 3.

⁶⁵ Como bien dice José Luis Caballero: “El derecho de autor no puede permanecer estático ante la vorágine tecnológica, tampoco los autores, tampoco los usuarios, y es debido a ello que en los últimos 10 años, no sólo diversos tratados internacionales se han promulgado para establecer diversas normativas relacionadas con la utilización de las obras a través del entorno digital, sino que una parte muy importante de las legislaciones de derechos de autor de Iberoamérica han sido igualmente reformadas para dar cabida a dichos temas”. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, “Explotación en línea de las obras musicales y audiovisuales: nuevos modelos de negocio”, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005, p. 2.

incontrolable, y que las utilizaciones no autorizadas de obras protegidas por derechos de autor afectarían seriamente sus intereses económicos⁶⁶.

En este sentido, Nimmer explica este miedo de los titulares de derechos debido a que el copiado digital es barato, instantáneo y de fácil difusión (la cual, incluso, trasciende fronteras)⁶⁷. Por su parte, Goldstein advierte que en la década de 1990, las compañías temían que la difusión de obras por Internet no sólo devastaría los mercados preexistentes, sino que el fenómeno llegara a convertirse en algo fuera del alcance de los derechos de autor⁶⁸. Mientras que Lessig explica que, desde el punto de vista del titular de derechos de autor, el ciberespacio parecía un lugar donde las posibilidades para hacer copias eran las mejores y la protección legal era la peor⁶⁹.

Fueron los EUA y la Unión Europea quienes mayor esfuerzo dedicaron a la problemática, así como la OMPI fue el principal foro de discusión. A continuación estudiaremos las respuestas más destacadas⁷⁰ que sobre el particular se dieron en el ámbito oficial.

Como nota, cabe señalar que el texto consolidado del ACTA o Acuerdo Comercial Contra la Falsificación (según la ronda de Tokio de septiembre de 2010), contempla una sección dedicada a la “observancia de los derechos de propiedad intelectual en el ambiente digital” (la cual abarca diversos tópicos, como por ejemplo, adopción de medidas de observancia de derechos que no afecten actividades legítimas). Sin embargo, a la fecha de conclusión de esta investigación, ese tratado todavía no se ha suscrito, por lo que no es todavía una solución normativa vigente.

3.2.- La respuesta internacional: El TODA.

La OMPI es el principal organismo internacional en materia de derecho intelectual, por lo que no extraña que haya sido el foro elegido por la comunidad internacional para orquestar las primeras respuestas jurídicas sobre Internet en el ámbito de los derechos de autor.

⁶⁶ “It comes as no surprise that the economic changes brought about by digital and networking technologies make authors and right holders ask the legislator for stronger legal copyright protection”. Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, “The german copyright – yesterday, today, tomorrow” en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 487.

⁶⁷ Nimmer, David, *Copyright: sacred text, technology and the DMCA*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003, p. 145.

⁶⁸ Goldstein, Paul, *Intellectual property: the though new realities that could make or brake your business*, Nueva York, Portfolio, 2007, pp. 156 y 157.

De igual forma, Litman indicó que: “Commercial media found the Internet frightening, and with good reason. Entertainment and information merchants tend to express that fear as a fear of massive piracy”. Litman, Jessica, “Electronic commerce and free speech” en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 28.

Mientras que Samuelson apuntó: “But there is also a more troublesome side. For publishers and authors, the question is: How many copies of the work will be sold (or licensed) if networks make possible planet-wide access to any electronic copy of a work? Their nightmare is that the number is *one*”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

⁶⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 125.

Cfr. también, López Richart, Julián, “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 182; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

⁷⁰ Como veremos a continuación, las respuestas se basan en la conjunción de tres instrumentos: la ley, la tecnología y la contratación. Cfr. López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 183.

Desde el año de 1971 no se había revisado el Convenio de Berna debido a lo difícil que es llegar a acuerdos, dado que su a. 27.3 exige unanimidad de votos para cualquier adición o modificación a dicho tratado, por lo que la OMPI comenzó a barajar la idea de hacer un protocolo adicional al Convenio de Berna, lo que culminó con la decisión de suscribir un *acuerdo especial* en el marco de dicho pacto internacional⁷¹. Ese acuerdo sería el TODA, cuya adopción no es obligatoria para los miembros de la Unión de Berna⁷².

Si bien, algunos puntos a tratar en la conferencia diplomática del TODA se relacionaban con Internet⁷³, también se ocupó de otros rubros del ámbito digital, como la protección a los programas de cómputo y a las bases de datos, así como de temas diversos, como la facultad de distribución y su agotamiento⁷⁴.

Para los propósitos de la presente investigación, estudiaremos por separado únicamente los siguientes rubros del TODA, dada su relación con la problemática de Internet y su impacto en las restricciones al derecho de explotación: la calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet, las restricciones al derecho de explotación y las medidas tecnológicas de protección.

3.2.1.- *La calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet. La comunicación al público.*

Las redes de Internet pueden utilizarse para transmitir todo tipo de obras, desde literarias, musicales, fotográficas, pictóricas, audiovisuales, hasta programas de

⁷¹ El a. 20 del Convenio de Berna establece: “Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables”.

Mientras que el a. 1.1 del TODA indica: “El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado”. Por su parte, el a. 1.2 del TODA determina: “Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”.

Sobre esto, *vid.* Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, pp. 148 y 149; y Okediji, Ruth, “The regulation of creativity under the WIPO Internet treaties”, *Fordham law review*, EUA, vol. 77, núm. 5, 2009, p. 2388.

Por tal razón, sorprende que en nuestro país se emitan, a la ligera, comentarios tan poco informados como el de Víctor Blanco Labra, para quien el TODA “sustituye prácticamente al Convenio de Berna”. *Cfr.* Blanco Labra, Víctor, *op. cit.*, nota 3, p. 278.

Coincidimos, más bien, con la doctrina mayoritaria que considera a Berna como la “biblia” del derecho internacional de los autores. *Cfr.* Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 406.

⁷² Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 18 y ss.

Cfr. también Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson / Sweet & Maxwell, 2007, p. 844.

⁷³ Lo que llevó a que la prensa bautizara al TODA y al TOIEF como los “tratados Internet”.

Vid. Grijalva Jiménez, Agustín, “Internet y derechos de autor” en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007, p. 65; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 2; y Rogel Vide, Carlos, “Internet y derecho de autor. Antecedentes y gestación de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003, p. 475.

⁷⁴ Para más detalles, *cfr.* Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004, pp. 122 y ss.

cómputo y bases de datos. Esto constituye una nueva forma de explotación de obras⁷⁵, y no es muy complicado concluir que tales utilizaciones públicas de obras violan el derecho de explotación si se hacen en forma no autorizada⁷⁶.

Lo que resultó complicado fue darle una calificación jurídica al acto de la transmisión de obras en línea, es decir, saber si estamos ante una comunicación pública, una distribución, una reproducción o ante una nueva situación⁷⁷. Esto repercute en determinar qué facultad del derecho de explotación es la que aplica a Internet (y por ende, cuáles restricciones resultan aplicables en la red, pues, como ya vimos en el capítulo previo, cada facultad del derecho de explotación tiene restricciones propias).

Parte de la complicación deriva de que, en Internet, muchas de las transmisiones de obras son de las que se califican como “a la carta”, pues con un marcado carácter interactivo, el usuario es quien elige la obra a la que accederá y, además, escoge en qué momento lo hará. Así, estas transmisiones presentan tres características⁷⁸:

- a) La obra se transmite a solicitud del usuario, quien accede a ella en el momento y lugar que desee;
- b) La transmisión se hace de “punto a punto”, a diferencia de las comunicaciones tradicionales de “punto a multipunto” (por ejemplo las transmisiones de radio o el ver una película en un sala de cine); y
- c) La transmisión trae aparejada la reproducción de la obra, incluyendo las copias que se hacen en la memoria RAM⁷⁹ de la computadora.

Estas peculiaridades de la transmisión de obras en línea, abrieron la discusión sobre qué facultad del derecho de explotación la controlaba, pues existían varias posibilidades que se discutieron: la facultad de comunicación pública en términos amplios, sus modalidades de radiodifusión y exhibición pública, la facultad de reproducción, la facultad de distribución, sus modalidades de alquiler y préstamo⁸⁰, e,

⁷⁵ Kerever, André, “Problems involved in the adaptation of the right to reproduction and the right of communication to the public in the digital multimedia environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXI, núm. 2, abril-junio 1997, p. 5; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 230 y 231; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 171.

⁷⁶ Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IJ-UNAM, 1998, pp. 142 y 143.

Debemos recordar que en México, como en el resto de los países de tradición jurídica continental, tenemos un derecho general de explotación que cubre todo tipo de utilizaciones públicas de las obras, incluyendo los usos novedosos, sin importar que los mismos encuadren o no en las categorías tradicionales de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. *Cfr.* los aa. 27, fr. VII, y 24 de la LFDA.

Vid., asimismo, Antequera Parilli, Ricardo, “Del ‘entorno analógico’ a la tecnología digital (el derecho de autor y los derechos afines al compás del avance tecnológico)” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 320; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

⁷⁷ Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 456.

⁷⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 173.

Cfr., asimismo, Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 114.

⁷⁹ La memoria RAM (*Random Access Memory*) es el tipo “de memoria donde la computadora guarda información para que pueda ser procesada más rápidamente. En la memoria RAM se almacena toda información que está siendo usada en el momento”, y la “información que contienen es renovada continuamente y cuando la computadora se reinicia o se apaga, toda la información contenida se pierde, por eso es llamada memoria volátil”. VV.AA., *Diccionario de informática*, Argentina, <http://www.alegsa.com.ar/Dic/ram.php>, julio de 2010.

⁸⁰ Que, como ya vimos en el capítulo segundo, en el ámbito internacional están reguladas en forma separada de la facultad de distribución.

incluso, la creación de un nuevo derecho particular aplicable a las transmisiones interactivas en Internet⁸¹.

Dicha discusión adquirió mucha relevancia en el ámbito internacional, pues contrario a lo que acontecía en varias legislaciones nacionales, el Convenio de Berna no contempla un derecho general de explotación (sino sólo la facultad de reproducción, y algunas modalidades de la comunicación pública y de la transformación), por lo que era importante determinar si las transmisiones interactivas estaban cubierta por algunas de las modalidades del derecho de explotación ya reguladas en los tratados o si era apremiante crear una nueva facultad *ad hoc*⁸².

En este contexto, la OMPI convocó a una conferencia diplomática a realizarse del en diciembre de 1996, con el fin de adoptar un nuevo tratado sobre derechos de autor (que sería el TODA), uno sobre interpretación y fonogramas (el TOIEF) y otro sobre bases de datos (el cual nunca llegó a cristalizar)⁸³.

Sobre el tema de la calificación jurídica de las transmisiones en Internet, Garrote explica:

La introducción de un nuevo derecho *ad hoc*, aunque había sido propuesta por la doctrina, nunca se planteó seriamente en el proceso de discusión de los Tratados de 1996, debido a la preferencia entre las delegaciones de enfocar el problema utilizando el abanico de derechos ya existentes a escala internacional⁸⁴.

Tampoco era viable incluir en el TODA un derecho general de explotación, pues los países del *common law* seguramente se habrían opuesto, ya que en las leyes de *copyright* sólo se conceden derechos de explotación concretos y limitados.

De hecho, sólo fueron dos las opciones que tenían posibilidad de incluirse en el TODA. En primer lugar, la propuesta de los EUA que impulsaba un derecho de distribución con ligeras adaptaciones para la transmisión en línea. En segundo lugar, estaba la postura de la Unión Europea (respaldada por el bloque latinoamericano) que veía a las transmisiones por Internet como una operación compleja, la cual implica tanto la aplicación de la facultad de comunicación pública como de la de reproducción⁸⁵.

La propuesta de EUA fue seriamente criticada por varias delegaciones, debido a una razón básica: la facultad de distribución se refiere a la circulación de ejemplares materiales de las obras, cosa que no sucede en las transmisiones en Internet⁸⁶.

⁸¹ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 231 y 232; Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 55, pp. 80 y 81; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 173 y 174.

⁸² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 175; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 155; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 456.

⁸³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 44.

⁸⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 177.

⁸⁵ Samuelson, Pamela, "The U.S. digital agenda at the World Intellectual Property Organization", <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/wipo.pdf>, agosto de 2009, p. 16; Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 55, p. 84; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 493; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 177 y 178; Antequera Parilli, Ricardo, "Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines o conexos en el entorno digital" en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 419.

⁸⁶ Barzallo, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL / Universidad Andina Simón Bolívar, s/f, p. 265; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 178; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 158; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 3, p. 771.

Inclusive, la declaración concertada que los países signantes hicieron al a. 6° del TODA (relativo a la facultad de distribución) fue en el sentido de que las expresiones "copias" y "originales" se refieren a copias fijadas que puedan ser materia de circulación en forma tangible.

Sobre el particular, *vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 451.

Y si tomamos en cuenta que lo que ocurre en línea son *transmisiones* de obras entre computadoras, ya sea con o sin cables, la facultad de comunicación pública se perfilaba como la opción correcta desde el punto de vista teórico.

De hecho, la propuesta básica del TODA preparada por la OMPI⁸⁷ se inclinó por la postura europea, caracterizando a las transmisiones en línea como actos de comunicación pública, siguiendo la opinión de expertos como Ficsor y Hugenholtz⁸⁸.

Empero, EUA se opuso a la propuesta básica del TODA, pues se negaba a aceptar la solución por vía de la facultad de comunicación pública e insistió en la facultad de distribución⁸⁹. El argumento básico de este país era que, mediante la facultad de distribución (particularmente en su modalidad de importación de copias), se permitiría ejercer un control territorial sobre el ingreso de obras a cada territorio⁹⁰.

Esto llevó a encontrar una solución de consenso entre ambas posturas, a la que se le llamó “solución paraguas” (*umbrella solution*), consistente en adoptar una definición amplia de “puesta a disposición del público”, sin caracterizar la facultad del derecho de explotación que le daría amparo, dejando a la soberanía de los legisladores nacionales la libertad de elegir la facultad de comunicación pública, la de distribución o cualquier otra solución⁹¹.

Dicha solución quedó plasmada en el a. 8° del TODA, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 8°
Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter.1) ii), 14.1) ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Se aprecia que dicha disposición, además de regular el derecho general de comunicación pública⁹², al final menciona la descripción neutral de las transmisiones

En general, para una explicación de la facultad de distribución, *cfr.* el apartado 5.2.2.2 del capítulo segundo de la presente investigación.

⁸⁷ *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de obras literarias y artísticas para la consideración de la conferencia diplomática*, OMPI, documento CRNR/DC/4, de 30 de agosto de 1996.

⁸⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 180 y 181; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 17; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 456.

⁸⁹ Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 55, pp. 84 y 85; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 182.

⁹⁰ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 225 y 226.

De hecho, los EUA proponían que, en el ámbito digital, no operara el agotamiento de la facultad de distribución, para poder así seguir ejerciendo control con posterioridad a la primera “venta” de la obra.

Sobre la técnica de control territorial de Internet, *vid. supra* el apartado 2 del presente capítulo.

⁹¹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2006, vol. I, p. 747; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 496; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 182 y 183; Caballero Leal, José Luis, “Principios generales en materia de derecho de autor y derechos conexos. Marco normativo internacional”, Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina, Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004, pp. 12 y 13; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 85, pp. 419 y 420; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 456.

⁹² Con esto se llenaron las lagunas del Convenio de Berna que sólo regula algunas modalidades de la comunicación pública, y no todas aplicables a cualquier tipo de obra. *Cfr.* Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 718.

Asimismo, *vid.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, pp. 468 y 469.

digitales derivada de la solución paraguas. El hecho de que la modalidad neutral de “puesta a disposición” se hubiera incluido en el artículo relativo a la comunicación pública, lleva a Ficsor a mencionar que, al final, el TODA implementó un paraguas medio abierto (*half-opened umbrella*), a diferencia del TOIEF que sí tiene separado, por un lado, el derecho de comunicación pública (a. 6.i), y por otro lado, la solución neutra de la modalidad de puesta a disposición (a. 10)⁹³.

Por tanto, y con el fin de aclarar que la inclusión en el a. 8° del TODA de la referencia a la modalidad de puesta a disposición, no debía interpretarse en el sentido de que era obligatorio calificar las transmisiones en Internet como actos de comunicación pública, la delegación de EUA hizo una declaración en el sentido de que el a. 8° refleja los acuerdos previos en el sentido de que los legisladores nacionales son libres de elegir cómo implementan tal disposición, lo cual puede ser a través de facultades diferentes a la comunicación pública. Dicha declaración no generó oposición alguna del resto de las delegaciones⁹⁴.

Independientemente de la calificación que cada país otorgue a las transmisiones en Internet, la solución de fondo del a. 8° del TODA, al utilizar la fórmula “puesta a disposición del público”, es satisfactoria y resuelve todos los problemas que la concepción tradicional de comunicación pública planteaba al uso interactivo de obras⁹⁵, pues el mero acto de poner la obra a disposición del público (por ejemplo, cargar o “subir” la obra a un sitio web) queda amparado por el derecho de explotación, sin que sea necesario que el público en realidad tenga acceso a la obra, bastando sólo la mera posibilidad, la mera puesta a disposición. Asimismo, tampoco se requiere que el público esté concentrado en un mismo lugar y que acceda a la obra al mismo tiempo (como sucede con las formas más tradicionales de la comunicación pública⁹⁶), pues dado el carácter interactivo de Internet, el comunicador pone la obra a disposición del público y cada miembro del público elige el momento y el lugar en que accederá a la obra⁹⁷.

⁹³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 497.

De ahí que Nimmer afirme que, al final, prevaleció la postura europea (aunque en forma ambigua para dar concesiones a EUA). *Cfr.* Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, pp. 150 y 151.

⁹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 497.

Asimismo, *vid.* Lucas, André, “Intellectual property and global information infrastructure”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 1, enero-marzo 1998, p. 5; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 19; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 157; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 456.

⁹⁵ Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 269; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, “Protección de los contenidos en Internet: desde la *web TV* a la publicación de libros *on-line*” en Cremades, Javier, Fernández-Ordóñez, Miguel Ángel, e Illescas, Rafael (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, p. 1461; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 456.

⁹⁶ El tema de que la gente esté en el mismo lugar, ya se había superado con la modalidad de radiodifusión, en donde los destinatarios de las transmisiones se encuentran en diversos lugares.

Lo que sí seguía aconteciendo en todos los casos de comunicación pública antes de Internet, era la simultaneidad del acceso a la obra, pues esta le llegaba al público al mismo tiempo, ya fuera en una comunicación *in situ* (por ejemplo ver películas en un cine) o una comunicación remota (ver la película por televisión).

⁹⁷ En general, *cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 139; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, pp. 456 y 457.

Asimismo, Garza Barbosa explica: “De esta manera se cubre la puesta a disposición aunque no se haya perfeccionado la comunicación por medio de la recepción”. Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tecnológico de Monterrey, 2009, pp. 57 y 58.

En el mismo sentido, Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 746 (para quienes esta es la principal innovación del TODA); Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, pp. 250 y 251; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 73, p. 470; y Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 339.

Es muy importante destacar que el a. 8º del TODA, expresamente califica el derecho de comunicación al público como un *derecho exclusivo*, por lo que, independientemente de las restricciones que se le puedan imponer a ese derecho⁹⁸, dicha disposición parece ser una traba para conceder licencias obligatorias respecto de las transmisiones interactivas en Internet⁹⁹.

Con este artículo del TODA queda resuelto uno de los puntos más delicados para la protección de los derechos de autor en Internet; sin embargo, como veremos a continuación, hay cuestiones adicionales a considerar.

3.2.2.- La reproducción.

El problema de la calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet no termina con la facultad de comunicación pública, sino que incluye la de reproducción.

La digitalización de obras que previamente estaban en formato analógico, el subir obras a Internet (*uploading*), y el descargar o bajar obras (*downloading*), son claramente actos de reproducción, cuya calificación no presenta mayor problema¹⁰⁰.

En realidad, lo problemático es lo relativo a las llamadas *reproducciones intermedias* que se dan en una transmisión de Internet, y que incluyen copias en el servidor de acceso, en *routers*, en la memoria RAM de la computadora de destino, en el navegador, etc¹⁰¹. De hecho, y contrario a lo que sucede en el mundo analógico, en el entorno digital la mera visualización de una obra en pantalla implica su reproducción, pues esto genera un almacenamiento temporal en la memoria RAM¹⁰².

Desde luego, esto trajo a colación otra serie de problemas, como el relativo a si el almacenamiento de obras en la memoria de las computadoras podía considerarse una copia privada y si debía estar amparada por una restricción al derecho de explotación¹⁰³.

De ahí que resulte sorprendente la afirmación de Jijena, Palazzi y Téllez, quienes opinan: “A finales de 1996 se realizó en Ginebra una reunión internacional de la Organización Mundial de (sic) Propiedad Intelectual (OMPI o en inglés WIPO), en la que inicialmente se esperaba avanzar en una regulación sobre los derechos de autor en Internet, idea que fracasó, quedando el tema en el tintero”. Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés, y Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, nota 51, p. 119 (quienes, además, no explican en qué consistió el fracaso).

⁹⁸ Sobre esto profundizamos *infra* apartado 3.2.3.

⁹⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 748.

¹⁰⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 275 y 276; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 11.

¹⁰¹ Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 340 y 344; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 248; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 3, p. 769; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 72, p. 842; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 277; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 112; Kerever, André, *op. cit.*, nota 75, p. 8; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 147 y 148; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, pp. 448 y 449; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 123 y 124.

En este sentido, explica De Miguel: “destaca el hecho de que la transmisión de información en Internet exige la realización continua de copias, que con gran frecuencia son efímeras; pues, en general, todos los servicios de Internet operan a través de la reiterada copia de documentos de unos ordenadores a otros, que pueden ser almacenados temporalmente en ordenadores intermedios”. De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 233.

¹⁰² Stokes, Simon, *Digital copyright: law and practice*, Reino Unido, Hart, 2009, p. 17; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 233; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 248; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 278; Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 143; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 112; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, pp. 7 y 8.

¹⁰³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 108.

La propuesta básica del TODA preparada por la OMPI¹⁰⁴ se inclinaba por considerar como actos de reproducción los de carácter temporal, sin importar la forma en que se realizaran (aunque con la posibilidad de restringir el derecho de reproducción)¹⁰⁵, como se podía ver en el a. 7° de la referida propuesta:

Artículo 7°
Ámbito del derecho de reproducción

1) El derecho exclusivo acordado a los autores de obras literarias y artísticas en el Artículo 9.1) del Convenio de Berna de autorizar la reproducción de sus obras incluirá la reproducción directa e indirecta de sus obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna, corresponderá a la legislación de las Partes Contratantes limitar el derecho de reproducción cuando la reproducción provisional de una obra tenga como único propósito hacer que la obra sea perceptible, o cuando la reproducción sea de naturaleza efímera o incidental, siempre que dicha reproducción tenga lugar durante la utilización de la obra que esté autorizada por el autor o permitida por la ley.

Dicha disposición fue materia de amplia polémica¹⁰⁶. La Unión Europea y los EUA apoyaron el contenido de ese texto; varias delegaciones latinoamericanas se opusieron; otros países, como Noruega, propusieron excluir ciertas reproducciones temporales del concepto convencional de reproducción; otros estados se inclinaban por introducir en el tratado una restricción al derecho de reproducción relativa a las reproducciones temporales, incluso Singapur propuso que esa restricción fuera obligatoria (de *iure conventionis*), mientras que Japón se inclinaba por dejar la restricción a las legislaciones nacionales¹⁰⁷.

En particular, se temía una afectación al acceso a la información y la libertad de expresar ideas, además hubo oposición de instituciones docentes y de investigación, así como de prestadores de servicios en línea y empresas de telecomunicaciones¹⁰⁸.

Después de arduas negociaciones, se convino que el texto del TODA no incluiría disposición alguna respecto de la facultad de reproducción, y sólo se haría una declaración concertada que se anexaría al texto del tratado¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Vid. *supra* nota 87 del presente capítulo.

¹⁰⁵ Kakungulu-Mayambala, Ronald, *The impact of new technologies of protection, exercise and enforcement of copyrights & related rights*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2006, p. 22; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, pp. 332 y 333; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 242; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 130 y 131; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 290; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, pp. 684 y 685; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 152; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, pp. 340 y 341; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 154 y 155; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 11; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 449.

¹⁰⁶ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 73, p. 478; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, pp. 685 y 686; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 291; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 333; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 105, p. 22; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 14; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 449.

¹⁰⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 136 y 137; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 153; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 333.

¹⁰⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 291; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 152; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 12; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 449.

En tal tenor, Begoña Ribera nos refiere: “El común denominador de las objeciones referidas al artículo 7 venía determinado por la preocupación de que dicho precepto pudiera romper el equilibrio en el derecho de autor e impedir el desarrollo de la infraestructura de la información”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 341.

¹⁰⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 686; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 139; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 292 y 293; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 449; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 235; Bugallo Montaña, Beatriz,

Empero, la adopción de la declaración concertada no fue nada fácil, y sólo se logró al final de la conferencia diplomática, en lo que Ficsor llama la “noche loca”¹¹⁰. En el Comité Principal I se prepuso el siguiente texto de declaración concertada:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

Dada la polémica, el Comité Principal I sometió a votación esa declaración, enunciado por enunciado. La primera oración se aprobó por unanimidad, pero la segunda presentó una votación de 49 delegaciones a favor, 13 en contra y 29 abstenciones. Cuando la declaración concertada fue sometida a votación (esta vez en su totalidad) en la Asamblea Plenaria de la conferencia diplomática 50 estados votaron a favor, 5 en contra y hubo 30 abstenciones¹¹¹.

Así, el tema de la reproducción en Internet no encontró una respuesta clara en el texto del TODA, sino sólo una declaración concertada cuyo valor jurídico se ha cuestionado, como veremos a continuación. De hecho, Samuelson considera que dicha declaración concertada fue un último esfuerzo para conseguir indirectamente lo que no se pudo lograr de manera directa: el control sobre el almacenamiento temporal de copias¹¹².

No obstante, resulta destacable que dentro de la primera oración se hiciera referencia a que las restricciones a la facultad de reproducción (que superen la prueba de los tres pasos) son *totalmente* aplicables en Internet¹¹³. Amén de que, con relación al a. 10 del TODA, se hizo una declaración concertada relativa a las restricciones al derecho de explotación en Internet¹¹⁴.

De cualquier forma, la declaración concertada relativa a las reproducciones en Internet (en particular, su remisión al Convenio de Berna), ha sido interpretada, por parte de la doctrina, como una disposición de la que se puede extraer un *ius prohibendi* sobre las reproducciones temporales o transitorias.

En este sentido Ficsor opina que el a. 9.1 del Convenio de Berna, si se interpreta de buena fe, sólo puede dar como resultado que, salvo restricciones que cumplan la regla de los tres pasos, el derecho de reproducción es aplicable a cualquier tipo de reproducción¹¹⁵. Y al referirse el Convenio de Berna a reproducciones “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, abarca las reproducciones digitales y los almacenamientos en computadoras¹¹⁶.

Postura similar es la de Delia Lipszyc, quien concluye lo siguiente:

op. cit., nota 3, p. 790; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 341; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 148; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 153; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 154.

¹¹⁰ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 140.

Aunque la conferencia diplomática debía concluir el 20 de diciembre, los debates se prolongaron hasta las 2 de la mañana del 21 de diciembre de 1996.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 142 y 143; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 155; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 15.

¹¹² Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 15.

¹¹³ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 48.

¹¹⁴ *Cfr. infra* apartado 3.2.3.

¹¹⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 442 y 443.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 445 y 446.

De este modo, se confirma la aplicación del art. 9 del Convenio de Berna a todos los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de ordenadores –porque dicha disposición del Convenio de Berna (y la mayoría de las legislaciones nacionales) reconoce el derecho de reproducción en forma amplia, “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, de modo que comprende la inclusión de una obra o de una parte de ella en un sistema de ordenador; y no depende de la permanencia de la fijación– llevados a cabo en el proceso de transmisión digital¹¹⁷.

En cambio, Ginsburg y Ricketson consideran que el segundo enunciado de la declaración concertada no es muy claro y enturbia las aguas, pues al hablar lisa y llanamente de “almacenamiento en forma digital”, sin definir qué es “almacenamiento”, surge la pregunta sobre si dicho vocablo sólo se refiere a reproducciones permanentes o si también incluye reproducciones transitorias hechas en el transcurso de la transmisión¹¹⁸. Mismo apunte hacen Garrote¹¹⁹, López Maza¹²⁰ y Nimmer¹²¹.

Empero, y además del sentido que se le pueda atribuir a la referida declaración concertada, su valor jurídico ha sido puesto en tela de juicio¹²². Veamos.

Dentro de las reglas de interpretación de los tratados plasmadas en la Convención de Viena, el a. 31.2.a indica que para determinar el sentido de la convención puede acudir a cualquier acuerdo celebrado por todas las partes en relación al tratado.

No creemos que haya duda sobre que la declaración concertada sobre el derecho de reproducción es un acuerdo en relación con el TODA, y que por lo tanto, cumple con uno de los requisitos para poder ser tomado en cuenta para interpretar el referido tratado¹²³.

El problema es que la Convención de Viena exige que el acuerdo en relación al tratado lo tomen “todas las partes”, y como vimos, la declaración concertada del TODA relativa a la reproducción, se adoptó sólo por *mayoría*.

Ficsor opina que la expresión “todas las partes” no significa consenso, pues sería contrario al a. 9.2 de la Convención de Viena considerar que un tratado puede adoptarse por dos terceras partes de los votos, pero que una declaración concertada pueda tomarse sólo por consenso¹²⁴.

Empero, el argumento de Ficsor presenta algunos problemas. En primer lugar, el texto de la Convención de Viena claramente habla de “todas las partes”, y la palabra “todas” es un calificador universal, por lo que gramaticalmente “todas las partes” no es sinónimo de “la mayoría de las partes”. Asimismo, los tratados –incluida la Convención

¹¹⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 124.

En el mismo sentido, *vid.* López Paniagua, María Elsa, “Internet: desenredando los derechos de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año 1, núm. 1, vol. 1, abril-junio 2001, p. 25; Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, p. 140; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, pp. 450 y 451.

De cualquier forma, nos indica Rodríguez Moreno, con base al Convenio de Berna, que los estados podrían incluir una restricción al derecho de explotación relativa al almacenamiento temporal, siempre que se cumpla con la fórmula de los tres pasos. *Cfr.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 155.

¹¹⁸ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 687.

¹¹⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 294.

¹²⁰ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 149.

¹²¹ Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 154.

¹²² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 293; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 342.

¹²³ En este sentido, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 446.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 446 y 447.

de Viena– deben interpretarse conforme al sentido ordinario de sus palabras, existiendo una cierta precedencia de la interpretación textual¹²⁵.

En segundo lugar, y como certeramente apunta Rogel Vide, una declaración concertada no es lo mismo que un artículo de un tratado, y el TODA nada dice sobre la reproducción¹²⁶. Es decir, la declaración concertada no forma parte del tratado, y si, precisamente, en el TODA no hay artículo alguno respecto de la facultad de reproducción, es porque los estados parte *no llegaron a un acuerdo* sobre el particular; por lo que no se puede imponer a los signatarios, vía declaración concertada, un acuerdo que no fue objeto del tratado mismo.

De ahí que resulten acertadas las palabras de Ribera Blanes cuando indica que:

si durante la tramitación del texto no se pudo lograr una disposición ponderada y aplicable globalmente que afrontara las preocupaciones de los titulares de derechos, de los proveedores de infraestructura y del público en general, con mayor razón debe descartarse que la declaración concertada pueda otorgar la solución definitiva a esta cuestión¹²⁷.

Además, al no existir en el tratado una disposición relativa a la reproducción, no puede utilizarse la declaración concertada para interpretar un *tema ausente* en la convención.

En este sentido, Nimmer estima que la declaración concertada en comento es una anomalía, pues si en el texto del TODA no apareció el proyecto de a. 7° u otra disposición relativa a la reproducción, no había materia convencional sobre la cual realizar una declaración concertada¹²⁸.

Además, dentro de la propia conferencia diplomática, varias delegaciones opinaron que la declaración concertada no era un instrumento válido para interpretar el TODA¹²⁹, aunado al hecho de que la declaración se adoptó por una mayoría de votos muy artificial, en tanto sólo refleja menos de la tercera parte de las delegaciones con derecho a voto, pues al momento de su adopción muchos delegados ya habían abandonado la sala de conferencias¹³⁰.

Por lo tanto, se concluye que la declaración concertada no es fuente de derechos, y que no existe todavía un acuerdo en la comunidad internacional sobre la aplicabilidad de la facultad de reproducción a las copias temporales en Internet. Como veremos más adelante, esto ha impactado en la forma en que diversos países han regulado la cuestión.

Como conclusión general de este apartado, podemos destacar que a la transmisión de obras en Internet le aplican simultáneamente la facultad de reproducción y, además, la de comunicación pública¹³¹. Sin embargo, el TODA no resolvió la cuestión de la aplicación de la facultad de reproducción a las reproducciones temporales¹³².

¹²⁵ Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Nueva York, 2a. ed., Cambridge University Press, 2007, p. 235.

¹²⁶ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 73, p. 479.

Como bien dice Garrote: “el derecho de reproducción no se encuentra tratado en el texto final”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 293.

¹²⁷ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 34.

¹²⁸ *Cfr.* Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 154.

¹²⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 294.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 295; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 154; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 15.

¹³¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 124 y 125.

¹³² Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 73, p. 479; y Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 156.

3.2.3.- Las restricciones al derecho de explotación.

En materia de las restricciones al derecho de explotación (comúnmente llamadas “limitaciones y excepciones”), los países parte del TODA tenían dos grandes líneas de acción: por un lado, continuar con el avance en la regulación internacional del tema, y por el otro lado, resolver los diversos retos que la tecnología digital (principalmente Internet) planteaban a esta institución jurídica.

Respecto a la primera línea de acción, el TODA se limitó a consolidar la tendencia de generalizar la aplicación de la regla de los tres pasos a todas las facultades del derecho de explotación (y no sólo a la facultad de reproducción), como ya había sucedido antes en el ADPIC¹³³,¹³⁴. Sin embargo, este resultado no fue automático, pues se generó cierto debate sobre el texto de la propuesta básica del TODA, dado que se “argumentaba que podía servir de base a una interpretación demasiado favorable a los intereses de los titulares de derechos”¹³⁵.

En el texto del a. 12 de la propuesta básica del tratado¹³⁶ se preveía la regla de los tres pasos, pero en términos un poco más restrictivos que los contemplados en el Convenio de Berna y en el ADPIC¹³⁷, como se aprecia a continuación:

Artículo 12 Limitaciones y excepciones

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado únicamente en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En particular, destaca la inclusión del vocablo “únicamente”, lo que podía ser visto como una traba adicional a los legisladores nacional para establecer restricciones al derecho de explotación¹³⁸.

Como consecuencia, varios grupos de presión en los EUA lograron que la administración Clinton se opusiera al texto propuesto del a. 12, y que la delegación de ese país, en la conferencia diplomática de 1996, consiguiera que se suprimiera el

¹³³ Moreno Martínez, Juan Antonio, “Límite al derecho de autor por fines educativos” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 397; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 272 y 273; De Oliveira Ascensão, José, “A função social do direito autoral e as limitações legais” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, pp. 93 y 94 (quien considera preocupante tal situación porque quizás no se puedan establecer las restricciones que reclaman las comunicaciones informáticas); Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 390; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 459.

Para más detalles, *cfr. supra* capítulo cuarto, apartado 6.3, de la presente investigación.

¹³⁴ Además, había el propósito de que la fórmula de los tres pasos fuera observada también por países que no formaban parte de la OMC (lo cual iba con dedicatoria a China, Estado que en esa época todavía no se incorporaba a dicho organismo internacional). *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 391.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 391 y 392.

¹³⁶ *Vid. supra* nota 87 del presente capítulo.

¹³⁷ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 22.

¹³⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 392; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 22.

adverbio “únicamente”¹³⁹. Con esto, los EUA salvaguardaban la doctrina del *fair use*, y se respondía a las objeciones que otras delegaciones opusieron al texto propuesto originalmente¹⁴⁰.

En el Comité Principal I, la delegación de Dinamarca expresó que no estaba tan segura de la aplicación de la regla de los tres pasos en el entorno digital, dado que surgió en 1967 ante el fenómeno del fotocopiado, además de que debía reiterarse la importancia de las restricciones al derecho de explotación, para que el tratado no se convirtiera en una camisa de fuerza para las restricciones existentes y que pretendían salvaguardar valores sociales como la educación, la ciencia, la investigación, etc., por lo que los daneses propusieron una declaración concertada sobre el particular. Postura similar manifestó la India¹⁴¹.

Una consecuencia de ese debate, fue la conclusión adoptada en la conferencia diplomática en el sentido de que se debía mantener una exigencia alta en cuanto al *control de las restricciones* al derecho de explotación, aunque no de una forma tal que permitiera la preponderancia absoluta de los intereses de los titulares de ese derecho¹⁴². Uno de los frutos de esa convicción, fue que en el preámbulo del TODA se incluyera la siguiente declaración:

Las Partes Contratantes,

(...)

Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna,

Con tal afirmación, se matizaba la corriente mercantilista que impregnó el ADPIC, como nos ilustran las siguientes palabras de Garrote:

La importancia de dicho Preámbulo es sin duda grande, pues marca una corrección a la tendencia que existe en el derecho de autor internacional –plasmada en los ADPIC– de poner toda la regulación de la propiedad intelectual al servicio de los intereses comerciales, dejando en un segundo plano otras consideraciones. El Preámbulo del TDA vuelve de esta manera a la tradición de Berna, que señala la necesidad de llegar en todo momento a un equilibrio adecuado¹⁴³.

Mientras que Pamela Samuelson afirmó: “This new preamble provision represents a major development in international copyright policy”¹⁴⁴. Inclusive, como bien afirman

¹³⁹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 351; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 392; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 26.

¹⁴⁰ Senftleben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 96 y 97; y Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 40 Bis” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 3a. ed., Tecnos, 2007, p. 679.

¹⁴¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 353.

¹⁴² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 393; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 24.

Es así que afirma Senftleben: “Not surprisingly, the concern about sufficient breathing space for socially valuable ends played a decisive role in the deliberations concerning limitations. The Minutes of Main Committee I mirror the determination to shelter exemptions”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 96.

¹⁴³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 393 y 394.

Coincide, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 77.

¹⁴⁴ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 28.

Cabe destacar que dicho preámbulo habla de los “derechos” de los autores y de los “intereses” del público, lo cual no significa que los segundos, por no estar denominados como “derechos”, sean inferiores a los primeros. En este sentido, Kur indica: “in an ordinary understanding, the juxta-position of

Hughenoltz y Okediji, esa apelación al equilibrio debe ser un *criterio de interpretación* del TODA en materia de restricciones al derecho de explotación¹⁴⁵.

De esa manera, y luego del debate, el texto que se acordó y aprobó para el TODA fue el siguiente (quedando como el a. 10 de dicho convenio):

Artículo 10
Limitaciones y excepciones

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Como se aprecia, el primer párrafo se refiere a la posibilidad de restringir los derechos concedidos por el TODA (como por ejemplo, el de distribución), mientras que el segundo párrafo se refiere a los derechos concedidos por el Convenio de Berna (como el de reproducción)¹⁴⁶. Sin embargo, el resultado, según advierte Ficsor, es que la regla de los tres pasos aplica para todos los derechos de explotación¹⁴⁷.

La segunda línea de acción sobre las restricciones en el TODA implicaba, a su vez, dos grandes temas: *a)* la adaptación de las restricciones existentes al entorno digital y la creación de nuevas restricciones, y *b)* la interrelación de entre las medidas tecnológicas de protección y las restricciones. Este último tema lo abordamos en el siguiente apartado, por lo que a continuación nos enfocaremos al tema *a)*.

Previo a la conferencia diplomática de 1996, se generó un debate sobre el papel de las restricciones al derecho de explotación en el entorno digital (el cual todavía perdura), planteándose posturas a favor de la preservación, e incluso ampliación, de las restricciones en Internet, como posturas que buscan su disminución o desaparición en la red, dado que la tecnología digital nos brinda la posibilidad de controlar los usos de las obras¹⁴⁸.

Como se aprecia de la lectura del a. 10 del TODA, dicha disposición no menciona nada sobre Internet. Empero, esto se debe a que su redacción es tecnológicamente neutral, pues no sólo busca que la regla de los tres pasos se use al momento de definir

'rights' and 'interests' does not convey the message that the latter are generally inferior to the former. The use of different terms rather serves to denote the 'technical' fact that the former are specifically regulated, while the latter notion is broader than that". Kur, Annette, "Of oceans, islands and inland water – how much room for exceptions and limitations under the three-step test?", Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-04, Alemania, 2008, p. 47.

¹⁴⁵ Hughenoltz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., "Contours of an international instrument on limitations and exceptions" en Netanel, Neil Weinstock (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 481.

¹⁴⁶ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 679; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 141 y 142; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 460.

¹⁴⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 518.

Vid. también Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 159; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 679; y Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 282.

¹⁴⁸ Hughenoltz, Bernt, "Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?", Ponencia presentada en la conferencia IFLA / IMPRIMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, pp. 10 y 11; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 181.

restricciones para utilizaciones en Internet, sino en general, para cualquier clase de tecnologías, conocidas y por conocerse¹⁴⁹.

Sin embargo, para no dejar en el aire la cuestión relativa a la adaptación de las restricciones existentes al entorno digital y la creación de nuevas restricciones, las partes acordaron la siguiente *declaración concertada* en relación con el a. 10 del TODA, donde se refieren a ese punto en particular:

Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Esta parece una postura razonable, aunque se deja la cuestión al escrutinio de la regla de los tres pasos¹⁵⁰, con todos los problemas que eso puede implicar. Sobre tal declaración concertada, nos ilustra Garrote:

Es decir, se prevé expresamente que se pueden crear nuevas ‘excepciones Internet’, claro está, dentro de los límites del a. 10.2 del TDA y en concreto de la prueba de las tres fases. También es posible mantener las excepciones existentes en las leyes nacionales en el nuevo entorno digital, señaladamente en el caso de la copia privada digital¹⁵¹.

En tal tenor, Lucas considera que esto abre las puertas a la ampliación de las restricciones en favor de los usuarios de obras¹⁵². Además, dicha declaración concertada se derivó del hecho de que, en la conferencia diplomática, no hubo consenso sobre la inclusión de alguna restricción en particular¹⁵³.

En conclusión, y coincidiendo con López Maza, podemos afirmar que el TODA se aleja de la postura neoclásica o maximalista de los derechos de autor (que no ve con buenos ojos las restricciones al derecho de explotación)¹⁵⁴, de manera que “las limitaciones no se cuestionan en absoluto y su razón de ser está claramente reafirmada”¹⁵⁵; razón de ser que no es reducida, por ese tratado, únicamente a intereses económicos, sino que comprende la educación, la investigación y el acceso a la información, como se lee en su preámbulo.

¹⁴⁹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 520.

¹⁵⁰ *Idem*; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 340; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 282; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 273; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 144; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 79; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 363; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 36; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 461.

¹⁵¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 395.

De estas nuevas “excepciones Internet”, Ficsor considera que la más obvia es la relativa a las reproducciones técnicas necesarias para las transmisiones en la red, pero irrelevantes por sí mismas como actos de explotación. *Cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 520 y 521.

En igual sentido se pronuncia Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 160.

¹⁵² Lucas, André, *op. cit.*, nota 94, p. 7.

¹⁵³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 143.

¹⁵⁴ *Cfr. infra* el apartado 4.1.

¹⁵⁵ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 78.

3.2.4.- Las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.

Uno de los temas más controvertidos en los últimos tiempos es la tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección, misma que se consolidó, por primera vez en el ámbito internacional, a través del TODA.

Previo a la conferencia diplomática de Ginebra, se reconoció la necesidad de lograr al respeto a los derechos de autor no sólo a través de los ordenamientos jurídicos, sino usando también mecanismos tecnológicos que impidieran la violación a esos derechos (por ejemplo, las medidas anticopias)¹⁵⁶.

Antes de entrar de lleno a las disposiciones del TODA, es conveniente repasar algunas nociones elementales sobre las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.

En términos llanos, se suele decir que una medida tecnológica de protección es un “candado” digital para el acceso y/o uso de obras. En este sentido, Velázquez Vértiz nos explica que las medidas tecnológicas de protección son “dispositivos o sistemas que se instalan en las obras en formato digital para restringir el acceso, uso, edición o reproducción no autorizada de la obra”¹⁵⁷. Se trata, como apunta Antequera Parilli, de mecanismos de autotutela¹⁵⁸.

Dichas medidas tecnológicas de protección tienen dos finalidades: *a)* impedir la explotación no autorizada de obras por parte de terceros, y *b)* impedir que los legítimos usuarios de las obras utilicen estas en términos diferentes a los señalados en la respectiva licencia¹⁵⁹.

Hay diversos criterios para clasificar las medidas tecnológicas de protección¹⁶⁰, por ejemplo, aquel que distingue entre medidas que sirven para prevenir violación a derechos de autor (dispositivos anticopia, códigos de acceso o contraseñas, sobres digitales de encriptación de obras, etc.) y medidas que entran en juego una vez cometida la infracción (como los agentes o programas araña, que rastrean sitios web que ponen obras a disposición del público en forma no autorizada); o el que distingue entre medidas que controlan el acceso a la obra y las que controlan sus usos posteriores (reproducciones y/o comunicaciones públicas)¹⁶¹. Este último es el que nos será de mayor utilidad en el presente estudio.

No resulta difícil ver las razones por las que las medidas tecnológicas de protección se convirtieron en un tema relevante en materia de derechos de autor, ya que, como explica López Richart:

¹⁵⁶ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 160.

¹⁵⁷ Velázquez Vértiz, Sergio, “Las obras en formato digital y las medidas tecnológicas de protección” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 167.

Cfr. también, Bitan, Hubert, *Droit des créations immatérielles*, Francia, Lamy, 2010, p. 228.

¹⁵⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 382.

¹⁵⁹ López-Tarruella Martínez, Aurelio, “Dimensión internacional de la relación entre sistemas DRM, las excepciones al derecho de exclusividad y los derechos de los usuarios. Aspectos de derecho aplicable” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 287 y 288.

¹⁶⁰ Para ver varios de estos criterios, *cfr.* Velázquez Vértiz, Sergio, *Protección de las obras autorales en formato digital*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, FD-UNAM, 2005, p. 64; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 158 y ss.

¹⁶¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 505 a 507.

Sobre el segundo criterio de clasificación, *vid.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 134 y ss.

Ante los riesgos que las nuevas tecnologías representaban para los derechos de autor y derechos afines, pronto irrumpió con fuerza la idea de que la tecnología no sólo estaba en el origen del problema, sino que podía ayudar a solucionarlo¹⁶².

Las medidas tecnológicas de protección han cambiado los controles que los autores y titulares de derechos tenían sobre las obras, pues, junto con la contratación electrónica, reducen los costos de transacción para autorizar el uso de obras en línea, además de que, en principio, suponen un poder absoluto en términos fácticos, ya que se puede controlar tanto el acceso como el simple uso de las obras, incluyendo su mera lectura o audición (lo que suele estar fuera del ámbito de protección del derecho de explotación)¹⁶³.

Esto, desde luego, implica un beneficio para los autores y las industrias culturales, en tanto permite un mejor control sobre las obras y, por ende, la obtención de mayores beneficios económicos. Es decir, las medidas tecnológicas posibilitan una mejor explotación de las obras¹⁶⁴.

Pero por otro lado, las medidas tecnológicas de protección generan diversos inconvenientes, por ejemplo, pueden ser un mecanismo para controlar e impedir la difusión de obras del dominio público¹⁶⁵, para controlar la comunicación privada de obras¹⁶⁶ (cuando sabemos que el derecho de explotación sólo cubre la comunicación pública), para impedir que el usuario realice alguna conducta permitida por una restricción al derecho de explotación¹⁶⁷, e incluso para obligar a las personas a ver contenidos que no desean ver (como anuncios comerciales o avisos legales)^{168, 169}. Tales

¹⁶² López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 189.

¹⁶³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 499 a 501; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 41; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 278.

¹⁶⁴ Lucchi, Nicola, *Digital media and intellectual property*, Alemania, Springer, 2006, p. 63.

Vid. también, De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 278 y 279; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 95, p. 281; Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 79; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 373; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 117, p. 142.

¹⁶⁵ Samuelson, Pamela, “DRM {and, or, vs.} the law”, *Communications of the Association of Computing Machinery*, EUA, vol. 46, núm. 4, abril 2003, p. 42; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 120; Geiger, Christophe, “Author’s rights, copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 35; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 106; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 197; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 164, p. 79.

¹⁶⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 165, p. 42.

¹⁶⁷ Carboni, Guilherme, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 446; López Sánchez, Cristina, “La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 278; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, pp. 111 y 112; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 95, p. 1467; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 164, pp. 79 y 80; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 104; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 120; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 117, pp. 142 y 143; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 195; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 165, p. 42.

Al referirse a los límites (en sentido amplio) de los derechos de autor y su interacción con las medidas tecnológicas, Lessig indica: “Code displaces the balance in copyright law and doctrines such as fair use”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 135.

¹⁶⁸ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 165, p. 42.

¹⁶⁹ Por ejemplo, en México, muchos DVDs y Blu Rays de empresas afiliadas a la Cámara Nacional de la Industria Cinematográfica (CANACINE) fuerzan al espectador a ver los cortometrajes en contra de

cuestiones pueden llegar a ser contrarias al derecho a la información¹⁷⁰, y romper el equilibrio entre los intereses de autores y los intereses de usuarios¹⁷¹. Asimismo, las medidas tecnológicas de protección pueden plantear diversas interrogantes desde el punto de vista de la tutela jurídica a los consumidores¹⁷².

Esto nos demuestra por qué el tema de las medidas tecnológicas de protección es tan polémico, y por qué existe un debate muy radicalizado tanto a favor como en contra de su empleo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que se planteó (y al final se aceptó) es el sancionar a quien eluda una medida tecnológica de protección¹⁷³. Es decir, se trata de un reconocimiento y *tutela jurídica* a una *medida fáctica* de defensa.

Esto se debe, a decir de Lessig, a que, actualmente, el código es una forma de protección de la propiedad intelectual, que irá desplazando al derecho como la principal defensa en Internet, afirmándonos que se está cambiando el “derecho público” por “baldas privadas”¹⁷⁴.

Las medidas fácticas de protección tienen una relevancia que buscó reforzarse jurídicamente¹⁷⁵. Así, no estamos frente a un derecho de autor, sino más bien, ante un “para-derecho de autor” o “*paracopyright*”¹⁷⁶.

De esta forma, se busca un triple nivel de protección: primero la obra estaría protegida por derechos de autor; en un segundo nivel, aplicar la medida tecnológica genera también cierta protección, aunque en este caso la tutela es fáctica; y, en el tercer

la piratería (unos más atinados que otros), sin posibilidad de adelantarle o acceder al menú o a otro contenido del DVD hasta que no termine el corto.

¹⁷⁰ Samuelson, Pamela, “Copyright, commodification, and censorship: past as prologue – but to what future?” en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 75.

¹⁷¹ Dusollier, Séverine, “Tipping the scale in favor of the rights holders: the European anti-circumvention provisions” en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 470 (quien también considera que las medidas tecnológicas de protección pueden afectar los usos permitidos por una restricción al derecho de explotación).

¹⁷² Cabedo Serna, Llanos, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 67; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 165, p. 44; López-Tarruella Martínez, Aurelio, *op. cit.*, nota 159, p. 289.

¹⁷³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 503; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 72, p. 844; Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 488; y Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 86, p. 286.

El hecho de que se haya tenido que regular jurídicamente la elusión de medidas tecnológicas de protección, es un reconocimiento de que dichas medidas no son infalibles. *Cfr.* Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *Digital rights management. Business and technology*, Nueva York, M&T Books, 2002, p. 49.

¹⁷⁴ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 126.

Por lo que este autor indica: “This is the future of copyright law: not so much copyright *law* as copyright *code*” (énfasis en el original). Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 152.

En términos similares, *cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 116.

¹⁷⁵ Bien dice Silke Von Lewinski respecto de las medidas tecnológicas de protección: “Unlike minimum rights, they do not grant any direct protection against unauthorized uses, but aim at indirectly serve the enforcement of minimum rights”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 462.

Cfr. también Dussollier, Séverine, y Strowel, Alain, “La protección legal de los sistemas tecnológicos”, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 28; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 6.

¹⁷⁶ Netanel, Neil Weinstock, *Copyright’s paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 186.

nivel, regresamos a la tutela jurídica, sancionando a quienes eludan las medidas fácticas de protección¹⁷⁷.

Por lo que se refiere a la información sobre gestión de derechos, se trata de sistemas que facilitan el pago y uso de obras, teniendo varias funciones básicas, de las que destacan: asegurar la confidencialidad de la transacción, identificar las obras en cuestión, identificar a las partes intervinientes en la transacción, etc¹⁷⁸.

Pues bien, tanto el tema de las medidas tecnológicas de protección como el de la información sobre gestión de derechos, fueron materia de las discusiones de la conferencia diplomática que desembocó en el TODA. Analizaremos primero lo relativo a las medidas tecnológicas de protección, para pasar luego a lo relativo a la información sobre gestión de derechos.

Un primer punto debatido se refería a si era necesario regular jurídicamente las medidas tecnológicas de protección, pues se temía que por esa vía no sólo se protegieran las obras, sino también se controlara el acceso a las informaciones y a las ideas contenidas en las obras (lo que, como sabemos, no se protege por derechos de autor). Al final se llegó al consenso de que era necesaria tal regulación¹⁷⁹.

Otro punto de discusión fue el relativo a la compaginación del sistema de protección tecnológica de obras y las restricciones al derecho de explotación¹⁸⁰. También hubo debate sobre si lo que se debía regular eran los actos de elusión o los aparatos que permitieran tal elusión¹⁸¹.

En la propuesta básica del TODA, el tema fue tratado con una disposición imprecisa y poco clara¹⁸², que presentaba el riesgo de disminuir la eficacia de las restricciones al derecho de explotación (como apuntaron, entre otras delegaciones, las de Reino Unido, Noruega, Canadá y Australia), y además, hacía responsable de la elusión de las medidas tecnológicas de protección a los fabricantes de los equipos que se utilizaran con tal fin, lo que generó protestas de países como Japón. También hubo oposición del bloque africano, para quienes el texto propuesto era muy exigente, pues se hablaba de que los aparatos tuvieran el “principal propósito u objeto” de eludir las medidas y tales países proponían proteger sólo las medidas tecnológicas que tuvieran como “único propósito” la mencionada elusión¹⁸³.

¹⁷⁷ Bitan, Hubert, *op. cit.*, nota 157, p. 235.

¹⁷⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 511.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 515.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 516.

¹⁸² El a. 13 de dicho proyecto, decía así:

“1) Las Partes Contratantes declararán ilícita la importación, manufactura o distribución de dispositivos que menoscaben la protección, o la oferta o prestación de cualquier servicio con el mismo efecto, por cualquier persona que sepa o tenga bases razonables para saber que el dispositivo o servicio será utilizado para el ejercicio de los derechos previstos en el presente Tratado, o en el transcurso de dicho ejercicio, que no esté autorizado por el titular del derecho o por la ley.

2) Las Partes Contratantes establecerán los recursos adecuados y eficaces contra los actos ilícitos mencionados en el párrafo 1).

3) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “dispositivo que menoscabe la protección” cualquier dispositivo, producto o componente incorporado en un dispositivo o producto cuyo principal propósito o efecto sea eludir todo procedimiento, tratamiento, mecanismo o sistema que impida o inhiba cualquiera de los actos cubiertos por los derechos establecidos en virtud del presente Tratado”.

¹⁸³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 398 y ss; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 516 a 519; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 33; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 463.

Como consecuencia, el texto de la propuesta básica fue desechado por otro más equilibrado, el cual terminó incorporándose al TODA como a. 11, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 11
Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

Si bien dicho texto es, hasta cierto punto, vago, ese fue el propósito, ya que se buscó que los signatarios de TODA puedan definir y delimitar libremente el alcance de la protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección¹⁸⁴. Inclusive, no se proporciona un listado de los diferentes tipos de medidas tecnológicas, pues eso hubiera limitado el alcance de la protección y dejado afuera tecnologías futuras¹⁸⁵.

Además, como se deriva de la disposición transcrita, los estados no tienen la obligación de imponer el uso forzoso de las medidas tecnológicas de protección, sino que su uso es facultativo para los titulares de derechos¹⁸⁶.

Más bien, y como se desprende del texto del a. 11 citado, los estados tienen la obligación de proporcionar “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos”, lo que por muchos ha sido entendida como una protección por la vía del derecho penal¹⁸⁷, pero dada la redacción de esa disposición –que nunca califica el tipo de protección y recurso jurídico que deben implementarse– y las negociaciones del propio tratado, se colige, que cada país es libre de elegir la vía civil, penal y/o administrativa¹⁸⁸.

El propio TODA establece que lo que debe prohibirse es la “acción de eludir medidas tecnológicas”. Dada la laxa redacción, esa elusión puede hacerse tanto mediante un *hardware* (por ejemplo, poner dispositivos o chips a computadoras) o un *software* (utilizar un programa de cómputo para deshabilitar la protección tecnológica), y aplica tanto a medidas tecnológicas que controlan el acceso a obras como las que controlan su uso¹⁸⁹. Empero, dicho tratado no impone obligación alguna de sancionar

¹⁸⁴ Tian, YiJun, *Re-thinking intellectual property*, Nueva York, Routledge Cavendish, 2009, p. 217; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 6; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 58; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 105, p. 39; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 117, p. 143; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 171.

Por tal razón, Cornish y Llewelyn estiman que el TODA es sólo un primer paso en la materia. *Vid.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 72, p. 845.

¹⁸⁵ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 161.

¹⁸⁶ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 462.

¹⁸⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 213; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 550 (para quien también es indispensable la vía civil).

Esta postura probablemente encuentre sustento en el hecho de que la propuesta básica del TODA, en el comentario a su a. 13, haya señalado que sus disposiciones son más afines a las obligaciones de derecho público (particularmente, derecho penal) que a las disposiciones del derecho intelectual. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 522.

¹⁸⁸ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 171; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 522 (quien sólo habla de protección civil o penal, omitiendo la administrativa); Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 392; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 465.

De hecho, en la propuesta básica del TODA, el comité de expertos a su cargo señaló que los países deberían tener libertad para elegir los remedios de acuerdo a su propia tradición jurídica.

¹⁸⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 146; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 161.

los llamados actos preparatorios a la elusión, como lo pueden ser el fabricar o comercializar dispositivos cuyo propósito sea esa elusión¹⁹⁰.

Además, existe el requisito de que la medida tecnológica sea *efectiva*, lo cual no debe interpretarse como sinónimo de “infranqueable”, dado que la propia tecnología hace factible la elusión, como nos demuestra la actividad de los *hackers*¹⁹¹. En realidad, el requisito de efectividad significa que la medida, por sí misma o en el curso normal de sus funciones, es suficiente para impedir el acceso o uso de la obra, es decir, que personas sin conocimientos técnicos no puedan, por sí mismas, evadir las medidas¹⁹². De igual forma, el requisito de efectividad busca que no se sancione la elusión de medidas que no funcionan bien o que interfieren con las actividades normales de un aparato¹⁹³.

Asimismo, el TODA exige que la medida tecnológica sea utilizada por los autores y en relación con cualquier derecho protegido por el Convenio de Berna o por el propio TODA. Muchos le han dado una interpretación amplia a este artículo, para entender que el uso de la medida tecnológica puede hacerse tanto por el autor propiamente dicho como por el titular de derechos¹⁹⁴. De esta forma, las medidas tecnológicas de protección implementadas por persona diferente al titular de algún derecho de autor, no pueden beneficiarse de la referida protección jurídica, como tampoco lo puede hacer el titular de derechos de autor si la medida tecnológica no tiene relación alguna con los derechos de autor (por ejemplo, para impedir el acceso a algo no protegido por esta clase de derechos)¹⁹⁵. Asimismo, la referencia a cualquier derecho protegido por Berna o por el TODA, nos permite concluir que las medidas tecnológicas de protección también tienen cabida –y tutela jurídica– tratándose de derechos morales (por ejemplo, para impedir la modificación a una obra o la remoción del nombre del autor).

Finalmente, la disposición en glosa sólo otorga protección jurídica a las medidas que restrinjan actos que: (a) no han sido autorizados por los autores (actos no licenciados), o (b) no estén permitidos por la ley (por ejemplo, a través de una restricción al derecho de explotación). Mientras que para Ficsor esto es obvio¹⁹⁶, nosotros lo consideramos como un componente normativo muy atinado, sobre todo para impedir que se sancione jurídicamente a alguien que eluda una medida tecnológica de protección para realizar una conducta amparada por una restricción al derecho de explotación o que eluda esa medida para acceder a una obra del dominio público.

En este sentido, explica Sofía Rodríguez:

Así pues, tratándose de los actos que hacen parte de los usos permitidos con base a las excepciones al derecho de autor, no sería un acto elusivo de medidas tecnológicas –sancionable, podríamos agregar a lo dicho por Rodríguez– el tendente a acceder a una obra para fines de educación o de docencia, por ejemplo¹⁹⁷.

¹⁹⁰ López-Tarruella Martínez, Aurelio, *op. cit.*, nota 159, p. 288.

¹⁹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 545; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 189; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 29; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 463.

¹⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 189; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 170; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 464.

En este sentido, Garrote explica que no se protege toda medida tecnológica, sino sólo las medidas que pueden ser eludidas conscientemente, pues las que se eludan accidentalmente, carecen de tutela. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 520.

¹⁹³ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 463.

¹⁹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 547; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 520; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 170.

¹⁹⁵ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 171.

¹⁹⁶ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 548.

¹⁹⁷ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 162.

Por otro lado, como se observa, el a. 11 del TODA no da respuesta expresa a uno de los temas más discutidos respecto de la tutela de las medidas tecnológicas de protección: su relación con las restricciones al derecho de explotación.

Esto en virtud de que se debate si las medidas tecnológicas de protección deberían permitir la realización de actos autorizados por las restricciones a los derechos de explotación¹⁹⁸. Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras de Dussolier y Strowel:

La cuestión de la interferencia de las excepciones al derecho de autor y sus limitaciones, así como de la protección jurídica de las medidas tecnológicas, es uno de los aspectos más complejos del tema. Está claro que una medida tecnológica puede, por definición, restringir de forma importante la capacidad del usuario de llevar a cabo los actos permitidos en virtud de una excepción legal bloqueando el acceso a una obra o impidiendo la realización de un acto sujeto a la autorización del autor. Si, como consecuencia del uso de una medida tecnológica de protección, el usuario no puede citar la obra, hacer una copia privada de ella, utilizarla con fines educativos o informativos, existe el riesgo de que el alcance de estas excepciones en el mundo digital se reduzca en gran medida¹⁹⁹.

La solución que a menudo se presenta para este problema, es dar a las restricciones al derecho de explotación un carácter imperativo que los contratos y las medidas tecnológicas no puedan derogar²⁰⁰. Esto, desde luego, es compatible con el TODA (pero no es una obligación derivada de tal tratado).

Además, no obstante, esta solución es imperfecta. Es cierto que la tecnología es ciega y reacciona sólo en función de la demanda de actos tecnológicos como son una copia, una impresión, un envío, una lectura o un acceso, pero no puede reconocer el marco en el que se efectúa dicho acto. Unas medidas tecnológicas similares son incapaces de analizar y reconocer las condiciones, a menudo subjetivas, que plantea el ejercicio de una restricción²⁰¹. Como veremos más adelante, no basta que el derecho permita realizar ciertas conductas, es necesario que los usuarios tengan los medios para poder hacer lo que la norma jurídica les permite.

En general, y sin soslayar que el TODA no resuelve el problema que acabamos de apuntar, dicho acuerdo internacional ha sido calificado como aceptable en el tema de las medidas tecnológicas de protección, según nos refiere Garrote:

La flexibilidad de la norma, su carácter mínimo, y el hecho de que se recogiera la posibilidad de realizar actos de elusión cuando la ley lo permitiera ha provocado que los autores más moderados y defensores del equilibrio entre los derechos de los autores y los usuarios mostrasen su satisfacción por el texto final del TDA, en contraposición al carácter más restrictivo y favorable a los intereses de los titulares del Proyecto de art. 13²⁰².

En el mismo sentido, De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 281; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 521 y 522; Gervais, Daniel, “Epilogue: a TRIPS implementation toolbox” en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 537; Tian, YiJun, *op. cit.*, nota 184, p. 217; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 464.

¹⁹⁸ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 557; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 105, p. 39; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 31.

¹⁹⁹ Dussolier, Séverine, y Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 175, p. 30.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 31.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 522 y 523.

En igual tónica, Samuelson estima que el TODA logra un marco jurídico simple, consistente, minimalista y predecible, que sirve para promover el comercio global en productos y servicios relativos a la información electrónica²⁰³.

Pasemos ahora al segundo tema del presente apartado: la protección de la información sobre gestión de derechos.

La propuesta básica del TODA²⁰⁴ contemplaba, en su a. 14, cierta protección a la información sobre gestión de derechos, la cual era definida como la “que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, y todo número o código que represente tal información”. Se establecía que debían declararse ilícitos los actos, ya sea de supresión o alteración no autorizada de esa información, así como la difusión no autorizada de copias de obras en donde la información esté suprimida o alterada, siempre que esas conductas se realizaran con “conocimiento de causa”.

Tal propuesta fue objeto de oposición por diversas delegaciones en la conferencia diplomática de 1996, las cuales advirtieron que los actos de supresión o modificación de información, no debían prohibirse en abstracto, sino que habría que señalarse que, necesariamente, deberían de tener como propósito la violación de derechos de autor²⁰⁵.

Como consecuencia, el texto que se incluyó en el TODA fue el siguiente:

Artículo 12

Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

(1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

(i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

(2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.

En los incisos (i) y (ii) se aprecian dos conductas sancionables: la primera, relativa a cualquier alteración o supresión de la información; la segunda, consistente en la difusión de copias de obras con información suprimida o alterada²⁰⁶. Sobre esta última hipótesis, se ha criticado la referencia a los “ejemplares” de obras en sede de comunicación pública, ya que la noción de ejemplares de la obra tiene sentido cuando se trata de actos de distribución, pero no de comunicación pública²⁰⁷.

²⁰³ Samuelson, Pamela, “Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 44 (el numerado de las páginas corresponde la versión en línea, consultada en <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson.pdf>, septiembre de 2009).

²⁰⁴ Vid. *supra* nota 87 del presente capítulo.

²⁰⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 400 a 403; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 524.

²⁰⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 524; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 163.

²⁰⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 524.

El TODA obliga a las partes a proporcionar recursos jurídicos efectivos, tanto en la vía penal (exigiendo como elemento típico que el sujeto sepa sobre la afectación a la información) como en la civil (en donde sólo basta que el sujeto tenga motivos razonables para saber de la afectación a la información, pero no que tenga conocimiento efectivo)²⁰⁸.

Esos requisitos subjetivos tienen el propósito evitar que se considerara ilícito difundir obras cuya información se encontrara desactualizada o fuese incorrecta, como por ejemplo, en caso de que se hubiera verificado un cambio en la titularidad de los respectivos derechos. Por eso, debe existir el conocimiento de que la información es incorrecta, y además, debe existir el propósito de violar derechos de autor, pues la mera modificación o supresión de la información (así como la correlativa difusión de obras) no es ilícita si no se persigue ese fin de violentar derechos autorales²⁰⁹.

Además, el tratado exige que las dos clases de conductas sancionables se realicen sin autorización, ya de los titulares de los derechos, ya, incluso, de la propia ley (autorización legal), aunque parece poco probable esta última hipótesis, pues como afirma Garrote, no es necesario suprimir o alterar la información sobre gestión de derechos para que pueda operar alguna restricción al derecho de explotación²¹⁰.

Finalmente, en relación con el a. 12 del TODA se adoptó una declaración concertada, para aclarar que el propósito de violar derechos al afectar la información, se refiere tanto a los derechos de explotación como a los de simple remuneración²¹¹; así como para dejar en claro que el artículo en comento no contiene ningún formalismo que deba observarse para que las obras queden protegidas (pues eso iría en contra de la máxima de protección automática y ausencia de formalidades prevista en el Convenio de Berna)²¹².

Una vez estudiada la respuesta que el derecho internacional de los derechos de autor dio al fenómeno de Internet, veamos qué ha sucedido en el ámbito nacional de los principales impulsores de la agenda digital (EUA y la Unión Europea) y de México.

3.3.- La respuesta de los Estados Unidos de América.

Frente el fenómeno de Internet, fueron los EUA quienes tomaron la iniciativa para resolver los principales retos en materia de derechos de autor. Como se verá a continuación, la respuesta de ese país tiene un marcado –y controvertido– enfoque comercial.

Cuando William Clinton llegó a la presidencia de los EUA, creó un grupo de trabajo (la *Information Infrastructure Task Force*) para formular las políticas gubernamentales en relación a la entonces conocida como “supercarretera de la información”. A su vez, dentro de ese grupo, se creó otro grupo de trabajo en materia de propiedad intelectual, conocido como el Grupo de Trabajo Lehman, pues fue

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 525.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 526.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 525.

²¹¹ Sobre la distinción entre derechos de explotación y derechos de remuneración, *cf. supra* capítulo segundo, apartado 5.3, de la presente investigación.

²¹² El texto de la declaración concertada dice así: “Queda entendido que la referencia a ‘una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna’ incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado”.

encabezado por Bruce Lehman, director de la Oficina de Patentes y Marcas de nuestro vecino del norte²¹³.

Luego de que en 1993 se hicieran una serie de consultas a los líderes de las industrias de la información y del entretenimiento sobre sus necesidades para poder invertir en Internet, el Grupo Lehman expidió, en julio de 1994, un *Libro Verde* que contenía un análisis preliminar sobre la cuestión del *copyright* en la red. Este documento reflejaba las posturas de las industrias consultadas, y sustentaba la tesis de que las obras eran reproducidas en Internet incluso a través de la memoria RAM de las computadoras. Asimismo, el *Libro Verde* calificó a las transmisiones en línea como actos de distribución (aunque propuso reformar la ley para que no aplicara la doctrina del agotamiento del derecho), y además sugirió que estuvieran prohibidas las conductas de elusión de las medidas tecnológicas de protección²¹⁴.

El argumento principal del Grupo Lehman era que, a menos de que se concedieran amplios derechos a las industrias de contenidos, estas no pondrían a disposición sus obras en Internet²¹⁵.

Sin embargo, el contenido del *Libro Verde* fue ampliamente criticado y generó mucha polémica, lo que evidenció que las políticas que estaba generando la administración Clinton, se enfrentarían a varios obstáculos²¹⁶.

El siguiente paso del gobierno de los EUA sería emitir un reporte final sobre la cuestión, el que se conoció como *Libro Blanco*, y al cual dedicamos el siguiente apartado.

3.3.1.- El Libro Blanco.

En septiembre de 1995 el gobierno estadounidense expidió el *Libro Blanco*, importante documento que contiene el informe final sobre el tema de la Internet y el *copyright*, y que establecería las directrices que habrían de seguir las políticas de los EUA.

Al igual que su predecesor (*Libro Verde*), el *Libro Blanco* se inclinaba por el fortalecimiento de los derechos de las industrias de la información y del entretenimiento, aunque la postura principal era hacer cambios mínimos en la ley, argumentando que esta ya protegía en amplios términos a los proveedores de contenidos. Por consiguiente, dicho documento interpretaba cualquier ambigüedad en la ley a favor del titular de los derechos²¹⁷.

Uno de los puntos torales del *Libro Blanco* era el determinar que *cualquier* uso de una obra en formato digital necesitaba hacerse bajo una autorización (de la ley o del titular del derecho, según el caso), pues los simples actos de ver, escuchar o leer una

²¹³ Litman, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001, p. 90.

²¹⁴ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Pretince Hall, 2005, p. 120; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, pp. 90 a 93; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 7; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 84.

²¹⁵ Benkler, Yochai, *The wealth of networks. How social production transforms market and freedom*, EUA, Yale University Press, 2006, p. 413; y Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 93.

²¹⁶ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 93.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

Como bien afirma Garrote: “Es recurrente en la doctrina crítica con el White Paper la referencia a que en su elaboración se reflejan con gran generosidad las preocupaciones y aspiraciones de la industria dejando a un lado, al menos en forma parcial, el interés de los usuarios”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 187.

Vid. también, Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 126.

obra implican una reproducción de la misma en la memoria de la computadora, lo cual está amparado por el derecho o facultad de reproducción²¹⁸.

Dentro de las pocas reformas legales que sugería el *Libro Blanco* destacan el calificar expresamente como actos de distribución a las transmisiones por Internet (además de señalar que el agotamiento del derecho o doctrina de la primera venta no aplicaría en estos casos²¹⁹)²²⁰, y el prohibir cualquier mecanismo o servicio cuyo propósito fuera la elusión de medidas tecnológicas de protección²²¹.

El *Libro Blanco* generó muchas críticas²²², las cuales se pueden resumir en la siguiente frase: se buscaba exagerar el alcance de los derechos exclusivos mientras se disminuían los derechos de los usuarios²²³.

En efecto, siguiendo la visión propia del análisis económico del *copyright* de la escuela de Chicago, el *Libro Blanco* pretendía minimizar el *fair use*, ya que tal postura pretende que esa figura sólo aplique cuando no se puede licenciar directamente la obra, lo que no acontece en Internet donde, teóricamente, cualquier uso puede sujetarse a una licencia²²⁴.

No obstante las críticas, para finales de 1995, se presentaron un par de iniciativas de ley ante el Congreso de EUA con el fin de adoptar las propuestas del *Libro Blanco*. Empero, a pesar de la confianza de Bruce Lehman (quien predijo que las leyes se aprobarían antes de la primavera de 1996), se generó una fuerte oposición por parte de bibliotecas, prestadores de servicios de Internet, organizaciones de consumidores, compañías telefónicas, grupos de libertades civiles en Internet y profesores de derecho, entre otros²²⁵.

Dada la movilización en contra de las propuestas legislativas, estas seguían congeladas y sin aprobarse para el verano de 1996²²⁶.

Curiosamente, la excesiva confianza de Lehman en que la legislación estadounidense estaría lista antes de la primavera de 1996, lo había llevado a presionar a la OMPI para organizar una conferencia diplomática (la cual, como ya vimos, derivó en la adopción del TODA y del TOIEF), en donde esperaba que se elaborara un nuevo tratado el cual reflejara el contenido del *Libro Blanco*, de manera que el resto del mundo

²¹⁸ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 95.

²¹⁹ Pues de lo contrario, y bajo esta peculiar caracterización de las transmisiones como distribuciones, la primera transmisión en línea de la obra agotaría el derecho exclusivo, y las siguientes transmisiones no requerirían autorización.

²²⁰ Un antecedente de este derecho de “distribución digital” lo podemos encontrar en la *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995.

²²¹ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, pp. 95 y 96; Fisher III, William, “Legal regulation of digital media”, videoconferencia contenida en el DVD *Internet law program*, EUA, Universidad de Harvard, grabada el 6 de febrero de 2004; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 167 y 171; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 84.

²²² Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 121; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 44; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 172; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 85.

²²³ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 100.

“In fact, the paper referred to fair use and other user’s rights as a ‘tax’ on copyright holders”. Vaidhyanathan, Siva, *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, p. 159.

²²⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 404; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, pp. 157 y 158.

Sobre las fallas de mercado como fundamento a las restricciones a los derechos de explotación, *vid. supra* el apartado 1.4 del capítulo cuarto de la presente investigación.

²²⁵ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 122.

²²⁶ *Ibidem*, p. 128; y Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221.

adoptara las políticas sobre la protección de obras por Internet elaboradas por el gobierno de EUA²²⁷.

Sin embargo, a medida en que se acercaba la conferencia de Ginebra y el Congreso estadounidense no expedía la legislación, Lehman se enfocó a tratar de que en la OMPI se adoptaran las propuestas del gobierno de EUA, para que, una vez firmado el tratado, el Congreso estadounidense no tuviera más remedio que implementar en su derecho interno ese acuerdo (el cual reflejaría las recomendaciones de *Libro Blanco*)²²⁸.

Pero resulta que las cosas no le salieron tan bien a Lehman, pues en diciembre de 1996, los estados participantes en la conferencia diplomática demostraron no estar dispuestos a adoptar las propuestas de los EUA, muchas de las cuales se desecharon, de manera que sólo se incorporaron pocas de las propuestas hechas por ese país, las cuales, además, se diluyeron²²⁹.

Como ya vimos en el apartado 3.2 del presente capítulo, el TODA no adoptó disposición alguna sobre las reproducciones en Internet (dejando en el aire el tema de las copias temporales, medular para los EUA), se rechazó la categorización de las transmisiones en línea como actos de distribución, y se aprobó una norma muy modesta en cuanto a las medidas tecnológicas de protección.

De cualquier forma, a pesar de la derrota estadounidense en la OMPI²³⁰, para 1997, el debate en los EUA se centró en la mejor manera de implementar el TODA y el TOIEF, lo que eventualmente derivaría en la DMCA²³¹, a la cual dedicamos el siguiente apartado.

3.3.2.- La Digital Millenium Copyright Act.

Como bien dice Drew Clark²³², la DMCA fue la razón por la que el *copyright* se volvió un tema tan controvertido en los EUA.

Esta ley fue aprobada por la Cámara de Representantes el 4 de agosto de 1998 y por el Senado el 12 de octubre de 1998, constituyendo la forma en que los EUA implementaron el TODA y el TOIEF²³³. Sin embargo, la DMCA es una legislación más

²²⁷ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, pp. 128 y 129; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 3; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 86.

Asimismo, *cfr. infra* la nota al pie 440 del presente capítulo, sobre la probable expectativa del gobierno mexicano de que en la OMPI se adoptarían, tal cual, las soluciones formuladas por EUA.

²²⁸ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 129; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 71, p. 2387; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, pp. 43 y 44.

²²⁹ Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 215, p. 414; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 129; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 85, p. 4; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 86.

²³⁰ Vega Estrada, luego de asimilar a la doctrina Monroe el afán de los EUA de imponer internacionalmente sus políticas digitales, indica que “el rechazo que se le opuso en el Capitolio se hizo presente de nuevo en Ginebra”, añadiendo que la historia del dos veces derrocado *Libro Blanco*, es un “triunfo democrático de los derechos de autor –del público usuario– sobre una especie de imperialismo digital”. Vega Estrada, Ignacio, “Las autorrotas de la información: la dialéctica ‘conflicto virtual/solución territorial’. Atención a los derechos de autor y al nuevo acuerdo de la OMPI” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 354.

²³¹ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 130; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, pp. 121 y 122.

²³² Clark, Drew, “How copyright became controversial” en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 147.

Cfr. también Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 71, p. 2403.

²³³ Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, pp. 139 y 453; Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, Nueva York, 3a. ed., Matthew Bender, 1999, p. 372; Schechter, Roger E., y Thomas, John R.,

compleja, que toca muchos otros temas no previstos en los mencionados tratados, como la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet y las correlativas disposiciones de puerto seguro²³⁴, disposiciones sobre el mantenimiento de computadoras²³⁵, cierta protección a los diseños de cascos de navíos, normas sobre la negociación colectiva de derechos sobre películas, etc.

La DMCA no hace calificación alguna sobre los derechos que protegen las transmisiones de obras en línea, y no incorpora el derecho de distribución que recomendaba el *Libro Blanco*. Entonces, ¿cómo implementa esa ley el a. 8º del TODA sobre los actos de puesta a disposición? Pues resulta que la postura tomada por los EUA fue que, con la acumulación de los derechos ya previstos en la *Copyright Act*, quedaba automáticamente tutelada la circulación de obras por Internet. En realidad, el debate estaba en el tema del *fair use* y las medidas tecnológicas de protección²³⁶.

El corazón de la DMCA es el centro mismo de las críticas: la regulación que hace las medidas tecnológicas de protección²³⁷. Y este es el tema que más nos interesa de esa ley para los efectos de la presente investigación, dada su íntima vinculación con las restricciones al derecho de explotación y los derechos fundamentales en Internet²³⁸.

La DMCA, en su a. 1201, realiza una división entre dos clases de medidas tecnológicas de protección: (a) las que impiden el acceso a la obra, y (b) las que impiden la reproducción no autorizada de la obra²³⁹.

En ese sentido, respecto de las medidas tecnológicas que impiden el acceso a la obra, la ley prohíbe la fabricación o el ofrecimiento al público de productos o servicios que sirvan para eludir esa protección, *así como el acceso mismo a la obra eludiendo la medida*. En cambio, respecto de las medidas tecnológicas que impiden el copiado de la obra, la ley sólo prohíbe la fabricación o el ofrecimiento al público de productos o

Intellectual property. The law of copyrights, patents and trademarks, EUA, Thomson / West, 2003, p. 142; Clark, Drew, *op. cit.*, nota 232, p. 148; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 193; Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 173, p. 49; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 167; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 95, p. 281.

Samuelson cuestiona la necesidad de la DMCA, pues argumenta que la *Copyright Act* ya cumplía, pácticamente, con todo lo que exigía el TODA y el TOIEF. *Cfr.* Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 13.

²³⁴ Estas normas buscan darle más seguridad a los prestadores de servicios de Internet, para no ser sancionados por las conductas de sus clientes que resulten violatorias del *copyright*.

En la Unión Europea se implementaron reglas similares, pero ahora no sólo aplicables a temas de derechos de autor, sino en general a toda clase de responsabilidades derivadas de actividades en Internet, como se puede apreciar en los aa. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

²³⁵ Para que quienes prestan esta clase de servicios, puedan hacer ciertas reproducciones temporales con el fin de dar el mantenimiento. *Cfr.* el a. 117 de la *Copyright Act* de ese país.

²³⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 193 y 194; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 138; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 173.

²³⁷ Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 164, p. 62.

Sobre este punto, *cfr.* también Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 373; Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 215, p. 415; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 175; Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 173, p. 49; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, p. 144; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 92.

²³⁸ Cabe destacar que los EUA ya habían legislado previamente sobre las medidas tecnológicas de protección en la *Audio Home Recording Act* de 1992, relativa a los problemas que se presentarían por la introducción al mercado de la, ahora fallida, DAT (*digital audio tape*), pues a diferencia de los discos compactos –que en esa época no contaban todavía con aparatos que permitieran su copiado casero–, implicaban que cualquier persona podría, por primera vez, copiar música digital, lo que se traducía en la posibilidad de hacer reproducciones perfectas, sin merma de calidad de una generación a otra de copias.

²³⁹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 95, pp. 281 y 282; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 374; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 168 y 169; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, p. 142; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, pp. 87 a 89.

servicios que sirvan para eludir esa medida anti-copia, más no se sanciona la elusión por si misma²⁴⁰.

Esto se hizo con el fin de que se pueda invocar el *fair use* cuando se requiera reproducir la obra, pero no así cuando lo que se quiera es acceder a la obra²⁴¹. Por tal razón, Patry considera que las medidas que controlan el acceso a las obras no están destinadas a proteger los derechos sobre esas creaciones, sino para dar un control sobre los modelos de negocio²⁴².

Se puede apreciar que la DMCA va más allá de lo que prescribe el TODA en relación con las medidas tecnológicas, lo cual se ha justificado aduciendo que dicho tratado sólo establece mínimos, por lo que muchos países, como los EUA, dieron una protección más amplia respecto de las medidas tecnológicas de protección²⁴³.

De hecho, según explica Jessica Litman²⁴⁴, la DMCA siguió la estructura básica de las iniciativas de ley previas que, como ya vimos, fueron muy controvertidas. Mientras que Pamela Samuelson afirma que la regulación de las medidas tecnológicas de protección que contiene la DMCA, tiene un gran potencial de desequilibrar el sistema de *copyright* a favor de los titulares de derechos²⁴⁵.

Empero, las prohibiciones de elusión de medidas tecnológicas de protección son reglas generales, respecto de las cuales la DMCA estableció algunas normas de *excepción*²⁴⁶, es decir, casos donde legítimamente se requiera eludir una medida de protección para fines específicos y eso se permiten por ley²⁴⁷.

Por ejemplo, entre estas excepciones podemos mencionar: el acceso a obras por parte de bibliotecas, archivos e instituciones de educación, con el único propósito de decidir si adquieren o no la obra; la elusión de medidas para cualquier actividad lícita de una autoridad con fines de inteligencia, investigación o protección; la investigación de buena fe; la identificación y el desactivado de medidas tecnológicas que recogen

²⁴⁰ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, p. 143.

Como bien dice Leaffer: “As to the act of circumvention itself, the provision prohibits circumventing technological measures that impede access, but not those that prevent copying”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 374.

Cfr. también Nimmer, Raymond T., “First amendment speech and the Digital Millennium Copyright Act: a proper marriage” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 364; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 550; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 529 y 530; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 168 y 169; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 68; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 176; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, pp. 16 y 17.

²⁴¹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 374; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 264.

²⁴² Patry, William, *Moral panics and the copyright wars*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 162.

²⁴³ Tian, YiJun, *op. cit.*, nota 184, p. 218.

En este sentido, *cfr.* también Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 373; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 178; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 3; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 392; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 160, p. 93.

Para una crítica a este tipo de argumentos, *vid. infra* el apartado 3.4.2.

²⁴⁴ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 136.

²⁴⁵ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 4.

²⁴⁶ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, p. 143; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 182 y ss.

La iniciativa de la DMCA no traía ninguna excepción, por lo que las mismas se agregaron en el trámite parlamentario ante la presión de usuarios y consumidores.

²⁴⁷ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 375; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 171.

información personal del usuario o de sus actividades en Internet; la protección de menores de edad; etc²⁴⁸.

Adicionalmente, el a. 1201.a.1 prevé la posibilidad de que, por vía administrativa, el Bibliotecario del Congreso establezca excepciones adicionales a la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección, para lo cual, cada tres años, debe hacer una revisión y análisis con el fin de determinar qué sectores requieren, legítimamente, eludir esas medidas dentro de los próximos tres años²⁴⁹. Se aprecia aquí la intención de darle dinamismo a la cuestión, ya que ante los vertiginosos avances de la tecnología, los legisladores estadounidenses no quisieron dejar las cosas estáticas y sujetar a los usuarios sólo a las excepciones previstas en la DMCA.

Hasta la fecha, el Bibliotecario del Congreso ha hecho tres regulaciones (2000, 2003 y 2006), en las que ha establecido diversas excepciones, de las que podemos mencionar, a guisa de ejemplo, las siguientes: *software* y videojuegos en un formato obsoleto cuya preservación requiera elusión de medidas, obras audiovisuales cuando se requiera eludir medidas tecnológicas por los departamentos de estudios de comunicación o de cine para compilar porciones de esas obras con fines educativos, entre otras²⁵⁰.

La responsabilidad por elusión ilícita de medidas tecnológicas de protección que establece la DMCA es tanto de carácter civil como penal²⁵¹.

No es de sorprender que la DMCA haya sido objeto de muy duras controversias y de una fuerte oposición²⁵², pues como apunta Samuelson, además de ser una normativa demasiado amplia, compleja, inconsistente e impredecible en materia de medidas tecnológicas de protección²⁵³, refleja la posición maximalista del *copyright* propuesta por la administración Clinton²⁵⁴.

La principal crítica es la excesiva protección jurídica, reflejada en un cuasiabsoluto control del acceso a las obras, y la práctica eliminación del *fair use* en esta materia, constituyendo un ilícito (incluso de carácter penal) eludir una medida tecnológica de protección para acceder a una obra con fines perfectamente legítimos y calificables como *fair use*²⁵⁵. En este sentido, Balganesch explica:

Thus, if an anti-circumvention provision were violated for the purpose of accessing information protected therein, for purely educational purposes (which would qualify as fair use) – the act would still constitute a violation of the provision, with the actual purpose being of little

²⁴⁸ Vid. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 95, pp. 282 y 283; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 559; y sobre todo Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, pp. 375 a 377.

²⁴⁹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 558; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 533; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 170; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 187; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 185; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 20.

²⁵⁰ Vid. la versión en línea de dichas reglamentaciones en <http://www.copyright.gov/1201/>, 26 de agosto de 2010.

²⁵¹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, pp. 378 y 379; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 552; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 532; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 175.

²⁵² Clark, Drew, *op. cit.*, nota 232, p. 147;

²⁵³ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 45.

También consideran desequilibrada la DMCA, Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, pp. 138, 142 y 145.

²⁵⁴ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 20.

Para más detalles sobre los postulados maximalistas, neoclásicos o neoliberales en materia de derechos de autor, *cfr. infra* apartado 4.1.

²⁵⁵ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 69; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 160; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 181.

relevance to the inquiry. Anti-circumvention provisions have therefore effectively restricted the scope of fair use and thereby impinged upon the right to free expression²⁵⁶.

Lo cual también nos es referido por Garrote: “La doctrina se ha mostrado muy crítica con la regulación contenida en la DMCA, en especial con el impacto potencial que tiene sobre el *fair use*, pues lo llega a anular desde un punto de vista práctico”²⁵⁷.

Si bien la DMCA contempla algunas excepciones a la prohibición de elusión de medidas tecnológicas y el Bibliotecario del Congreso también formula algunas periódicamente (y todas ellas atienden a varios intereses legítimos), la verdad es que dichas excepciones no cubren todos los usos necesarios y amparados por el *fair use*, por lo que resultan insuficientes²⁵⁸.

Es por eso que se ha señalado que, como algo insólito en materia autoral, se está creando un, prácticamente nuevo, derecho *de acceso* a las obras²⁵⁹. Esto, que de por sí ya es criticable, se agrava por una situación: este “derecho de acceso” no se introdujo como un derecho de explotación más (el cual podría someterse a *fair use*), sino que se

²⁵⁶ Balganes, Shyamkrishna, “Copyright and free expression: analyzing the convergence of conflicting normative frameworks”, *Chicago-Kent journal of intellectual property*, vol. 4, núm. 1, otoño 2004, p. 77.

En igual sentido, encontramos a Bloom: “Arguably the most serious threat of enclosure posed by the DMCA is with respect to idea, process, structure, or systems embodied in digital code that is neither patentable nor copyrightable. To the extent that access to such material is necessary or highly useful in advancing technological development and to the extent that a significant amount of it is being completely withheld from public access by the anti-circumvention provisions of the DMCA, then in the absence of statutory amendment, a case for a First Amendment right of access might be made, at least to the extent that it could be crafted in such a manner as to avoid creating a loop hole for large scale commercial piracy”. Bloom Jr., Lackland H., “Copyright under siege: the first amendment front”, *Computer law review and technology journal*, vol. IX, núm. 1, otoño 2004, p. 60.

Cfr. también Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 157.

²⁵⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 536.

Por su parte Gantz y Rochester advierten: “Anticircumvention could lead to an abolition of copying in any form. You have a legal right to make copies of the media you buy, for whatever purpose you choose. The music and movie industries are attempting to deny you that right with various encryption and anticopying technologies. The DMCA supports that denial – it nearly makes thinking about making a copy illegal”. Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 133.

²⁵⁸ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 25; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 187; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 157.

²⁵⁹ Hoeren, Thomas, “Copyright dilemma: access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction” en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer-Verlag, 2003, p. 574; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 539; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 68; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 177.

En este sentido, Litman nos refiere: “At no time, until the enactment of the access-control anticircumvention provisions of the DMCA, did Congress or the courts cede to copyright owners control over looking at, listening to, learning from, or using copyrighted works”. Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 176.

De igual forma, López Maza explica que la utilización de obras por parte de consumidores finales “siempre había quedado fuera del poder de los titulares de derechos de propiedad intelectual: leer, ver, oír, usar, incluso reproducir para un goce o aplicación privados han sido consideradas actividades que venían a caer fuera de la órbita de la exclusiva de los titulares”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 170.

Cfr. la evolución histórica de los derechos de autor en el apartado 1 del capítulo segundo de la presente investigación, para constatar que nunca antes se había creado un derecho que impedía a los consumidores el acceso a la obra.

hizo como una protección jurídica a las medidas de protección técnica y se le excluyó del ámbito de aplicación del *fair use*²⁶⁰.

A mayor abundamiento, como la DMCA prohíbe la elusión de medidas tecnológicas *per se*, sin importar que las obras subyacentes tengan o no *copyright*, esto genera el riesgo de que acceder a una obra del dominio público en el entorno digital, implique una violación a la ley por “romper” su envoltura electrónica, aunque la obra no tenga derechos y sea de libre utilización²⁶¹. Esto, además de sentar las bases para una reapropiación (parcial) de obras del dominio público, es una franca perversión del sistema de propiedad intelectual, pues no se está premiando a ningún creador y se está entorpeciendo la difusión de la cultura.

Tomando en cuenta todo lo anterior (en particular la aplicación de la facultad de reproducción a todo uso digital y la protección de las medidas tecnológicas), Yochai Benkler concluye lo siguiente sobre el régimen jurídico del *copyright*:

It has now become a law that gives rights holders the exclusive right to control any computer-mediated use of their works, and captures in its regulatory scope all uses that were excluded from control in prior media²⁶².

Sobre esta problemática de la DMCA (concretamente respecto a la afectación a las restricciones al derecho de explotación), resulta muy ilustrativo el caso *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* de 2000²⁶³. En dicho asunto, se discutió la conducta de tres adolescentes noruegos que crearon un programa de cómputo para eludir las medidas tecnológicas de protección de ciertos DVDs, y lo pusieron a disposición del público por Internet. Al ser demandados, argumentaron como defensas, entre otras, que las medidas tecnológicas de protección de los DVDs no eran efectivas (pues fueron muy fáciles de eludir), que crearon el *software* con fines de investigación (particularmente para conocer la interoperabilidad del sistema Linux con los DVDs), y finalmente invocaron un *fair use* bajo la base de que la elusión de esas medidas no afectaron económicamente a los titulares del *copyright*.

Sin embargo, el juez condenó a los acusados, ya que consideró que las medidas tecnológicas sí eran efectivas, pues el público en general no podía ver las películas si no compraba, de un distribuidor autorizado, un aparato visualizador de DVDs con su debida licencia. Por lo que hace a los fines de investigación, el juez estimó que los demandados no actuaron de buena fe, y de hecho, su principal propósito era que cualquier persona pudiera eludir las medidas tecnológicas, tan es así que publicaron su *software* en Internet e invitaron al público a usarlo. Finalmente, respecto del *fair use* alegado por los jóvenes, el juzgador determinó que dicha defensa no aplica en los casos de violación a normas que prohíben la elusión de medidas tecnológicas de protección,

²⁶⁰ En este tenor, Netanel indica que la DMCA “lays the legal groundwork for copyright holder control –over copying as well as access– untrammelled by the exceptions and limitations that are supposed to apply to the copyright’s holders rights”. Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 69.

Por tal motivo, se considera que el TODA no contiene el llamado derecho de acceso, pues el acceso a una obra no solo puede depender del permiso del titular de derechos, sino también de una autorización dada por ley (por ejemplo, una restricción al derecho de explotación). *Cfr.* Hoeren, Thomas, *op. cit.*, nota 259, p. 574.

²⁶¹ Samuelson, Pamela, “Mapping the digital public domain: threats and opportunities” en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain*, EUA, Duke University, 2003, pp. 160 y 161; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 157; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, pp. 70 y 186.

²⁶² Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 215, p. 440.

²⁶³ Para más detalles sobre este caso, *vid.* Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, pp. 144 y 145; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 553; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; y Clark, Drew, *op. cit.*, nota 232, pp. 149 y ss.

afirmando que la tramitación parlamentaria de la DMCA demuestra que *el Congreso decidió que el fair use no podía oponerse a una violación del a. 1201.a*²⁶⁴ (que es el que prohíbe la elusión de medidas que protegen el acceso a las obras).

Vale la pena hacer un alto aquí para constatar que los temores de los opositores a la DMCA eran fundados. En efecto, independientemente de que en el caso concreto de los adolescentes citados hubiera o no existido un *fair use*, el juez determinó que en materia de medidas tecnológicas de protección no era aplicable esa doctrina jurídica, por lo que ni siquiera debía evaluarse si hubo o no *fair use*. Así, aunque el acceso a la obra y la elusión de medidas tuvieran un fin legítimo (fuera del ámbito de protección del *copyright*), la conducta del usuario sigue siendo ilícita a la luz de la DMCA²⁶⁵.

Desde luego, la decisión del juez fue apelada, dando lugar al asunto conocido como *Universal City Studios, Inc. v. Corley* de 2001²⁶⁶. Empero, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de primera instancia, pues aunque se trató de impugnar la inconstitucionalidad de la DMCA aduciendo una contravención a la primera enmienda de la Constitución de EUA, el tribunal determinó que aunque el *software* puede considerarse una “expresión” protegida por la libertad de expresión, su contenido es neutro, por lo que la DMCA no busca suprimir discursos ideológicos, además de que implica una carga ligera a esa libertad²⁶⁷. Incluso, el tribunal afirmó que los apelantes eran libres de citar los diálogos de las películas o incluso grabar con una cámara de video la pantalla de televisión para reproducir la película y ejercer así su *fair use*.

De ahí que Litman concluya que, irónicamente, la DMCA resultó más perniciosa que la iniciativa de la propuesta por Lehman para darle seguimiento al *Libro Blanco*²⁶⁸. Aunque hay que tener presente que las principales fallas de la DMCA no derivan del TODA, sino del mal criterio de las autoridades de EUA²⁶⁹, por lo que otros países (y hasta los estadounidenses mismos) podemos aprender de ese error, e implementar un sistema diferente –más respetuoso de los derechos fundamentales– para cumplir con la normativa internacional.

Empero, hay que señalar que la DMCA también tiene sus defensores, pues es obvio que se trata de un gran logro de las industrias musical y cinematográfica de los EUA. Y como certeramente apunta Emery Simon²⁷⁰, el debate sobre la DMCA se ha hecho en términos del bien contra el mal: o es una ley perversa y maligna o es una panacea y se le pone en un pedestal.

²⁶⁴ “Una posible excepción general de elusión de medidas tecnológicas basadas en el fair use fue propuesta y rechazada en el trámite ante el Congreso de los Estados Unidos”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 535.

Asimismo, *vid.* Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 22.

²⁶⁵ Claro, la conducta de los jóvenes no fue la más ejemplar; lo reprochable aquí no es tanto que se les haya condenado o no, sino que el *fair use* ni siquiera pudo ser materia del juicio.

²⁶⁶ Sobre este caso, puede consultarse Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, pp. 145 y 146; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; y Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 240, pp. 377 y 378.

²⁶⁷ Recuérdese que en ese país la libertad de expresión tiene una justificación principalmente utilitarista, en donde se le concede más protección a los discursos que abonen al debate democrático (y no tanto a los discursos “neutros”). Asimismo, en los EUA predomina el enfoque liberal de ese derecho fundamental, el cual pone más atención a la *emisión* de información que a su *búsqueda* o *recepción*.

Para más detalles sobre todo esto, *cfr.* el apartado 10.1 del capítulo cuarto del presente trabajo.

²⁶⁸ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 145.

²⁶⁹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 45.

²⁷⁰ Simon, Emery, “The DMCA: providing locks for digital doors” en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 171.

Como ejemplo de esta última postura encontramos a Raymond Nimmer, quien dice que el *fair use* no es un derecho subjetivo y que ningún tribunal lo ha reconocido así, sino que se trata de una doctrina basada en la equidad, pero *sin sustento constitucional*. Además de que, según su postura, la DMCA no afecta el *fair use* porque nunca se refiere a las reproducciones parciales, los comentarios u otras conductas amparadas por el *fair use*²⁷¹.

Si bien es cierto que, una vez que se accedió a la obra se puede criticar, crear una parodia, etc., también es cierto que para hacer una cita textual se debe realizar una transcripción manual, y si lo que se desea es reproducir un fragmento de una fotografía o película, se tiene que recurrir a métodos poco ortodoxos como poner una cámara en pantalla y hacer la copia. Y ya ni hablar de las copias privadas o de las necesidades propias de los invidentes.

Peor aun, si no se permite el acceso a la obra, ni siquiera se puede criticar, citar, etc. A nuestro parecer es claro que, en muchos casos, las conductas amparadas por una restricción al derecho de explotación son obstaculizadas y, a veces, impedidas por las medidas tecnológicas de protección.

Asimismo, y aunque el estatus constitucional del *fair use* se debate en los EUA, en el apartado 10 del capítulo cuarto de la presente investigación, ya demostramos que, al menos en países como México, las restricciones al derecho de explotación encuentran una sólida base en diversos derechos fundamentales. Sobre las consecuencias de esto profundizamos más adelante.

En fin, cabe apuntar que lo relativo a la información sobre gestión de derechos no fue tan controvertido en el trámite parlamentario²⁷². Como consecuencia, se adoptó la correspondiente disposición que prohíbe alterar o suprimir esa información, más una serie de excepciones²⁷³. Estas disposiciones de la DMCA no han generado mayor controversia.

Si bien la DMCA es un indicador del cuestionado rumbo del *copyright* en los EUA, es importante destacar que no es el único, sino que se han producido otros hechos que han llevado a la materia autoral al centro mismo de la tempestad. A continuación nos referiremos brevemente a estas otras circunstancias.

3.3.3.- *El fortalecimiento de la posición jurídica de las industrias culturales. La Sonny Bono Copyright Term Extension Act y el caso Eldred. El caso Napster.*

En el apartado anterior pudimos constatar que la DMCA fortaleció la posición de las industrias culturales en los EUA (en perjuicio de los usuarios de obras); sin embargo, existen otros factores que también se han sumado para lograr esa fortaleza. En el presente apartado nos referiremos brevemente a esos elementos adicionales, lo cual nos será de utilidad en la presente investigación, no sólo porque nos permitirán entender la situación actual del derecho de explotación (y la posible afectación a diversos derechos fundamentales), sino porque nos demostrará la importancia de buscar respuestas que restituyan el equilibrio perdido y también nos demostrará la trascendencia de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

²⁷¹ Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 240, pp. 377 y 378.

²⁷² Nimmer, David, *op. cit.*, nota 67, p. 455.

²⁷³ Para más detalles sobre el contenido de esas disposiciones, *cfr.* Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 233, pp. 146 y ss.

Uno de los aspectos en donde ha resultado más evidente la expansión de los derechos de explotación en el vecino del norte, ha sido mediante el aumento del plazo de vigencia del *copyright*. Veamos.

De conformidad con el texto original de la *Copyright Act* de 1976, el *copyright* duraría, como regla general, toda la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte. Sin embargo, en 1998 el congreso de ese país expidió la *Copyright Term Extension Act*, también conocida como la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (porque fue iniciativa del congresista Sonny Bono) o como *Mickey Mouse Protection Act* (porque dicha ley evitó que tal personaje entrara al dominio público, además de que la Walt Disney Company fue uno de sus principales impulsores)²⁷⁴.

Uno de los argumentos centrales esgrimidos por los legisladores estadounidenses es que la Unión Europea había extendido la protección de los derechos de explotación hasta los 70 años *post mortem auctoris*²⁷⁵, por lo que era necesario ajustarse a ese plazo para que los EUA no salieran perjudicados en las relaciones de comercio internacional²⁷⁶.

Es evidente que dichas decisiones de aumentar el plazo de protección están destinadas a proteger los intereses de las industrias del entretenimiento, y no así para favorecer a los autores. Como sostuvimos en otra ocasión²⁷⁷, esos aumentos, al ser *post mortem*, no benefician al autor (desde luego), ni a las dos generaciones de sus descendientes que pudieron haber sido conocidas (y queridas) por el autor en vida, de manera que los que los beneficios se generan a favor de personas que ni siquiera conocieron al creador. Se trata de una decisión estrictamente comercial.

El crecimiento de la duración del *copyright* generó varias críticas y posturas adversas²⁷⁸, lo que eventualmente terminó debatiéndose en la Suprema Corte de EUA en el famoso caso *Eldred v. Ashcroft* de 2003.

Eric Eldred era un programador retirado que comenzó a subir a Internet obras literarias del dominio público (se podría hablar una biblioteca digital) y a modificarlas para que tuvieran una redacción más moderna²⁷⁹. En 1998 los poemas de Robert Frost iban a entrar al dominio público y Eldred planeaba difundirlos en línea; sin embargo, esos planes se vieron frustrados por la *Copyright Term Extension Act*, por lo que decidió impugnar esa ley por la vía constitucional. La representación jurídica de Eldred estuvo a

²⁷⁴ Lessig, Lawrence, "Copyright's first amendment", *UCLA law review*, California, vol. 48, 2000-2001, p. 1065; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 61.

En este sentido, indica Benkler: "As materials that were still valuable in the stocks of Disney, in particular, came close to the public domain, their lives would be extended indefinitely". Benkler, Yochoi, *op. cit.*, nota 215, p. 443.

²⁷⁵ Cfr. *infra* la nota al pie 398 del presente capítulo.

²⁷⁶ Crews, Kenneth D., "Harmonization and the goals of copyright: property rights or cultural progress?", *Indiana journal of global legal studies*, Indiana, vol. 6, núm. 1, otoño 1998, p. 129.

²⁷⁷ De la Parra Trujillo, Eduardo, "Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor", *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IJJ-UNAM, año III, núm. 8, mayo-agosto 2004, p. 105.

²⁷⁸ Chemerinsky, Erwin, "Balancing copyright protections and freedom of speech: why the copyright extension act is unconstitutional", *Loyola of Los Angeles law review*, California, vol. 36, núm. 1, otoño 2002, pp. 83 y ss; Crews, Kenneth D., *op. cit.*, nota 276, p. 132.

Por su parte, Ortland y Schmücker indican: "Long terms of copyright protection established successively during the twentieth century seem to have become counterproductive in many ways". Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, "Copyright & art", *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1775.

²⁷⁹ En países del *droit d'auteur* esto habría causado mucha polémica por la cuestión de los derechos morales y de la preservación de las expresiones culturales en su concepción original.

cargo de Lawrence Lessig, quien detalla a fondo esta experiencia en su libro *Free culture*²⁸⁰.

Fueron dos los principales argumentos que se usaron para intentar demostrar la inconstitucionalidad de la *Copyright Term Extension Act*: (a) la cláusula constitucional de propiedad intelectual establece que el *copyright* debe ser temporal (usando la frase “*limited times*”), y el ir reformando la ley constantemente para ampliar la duración de los derechos va en contra de ese principio de temporalidad (en términos prácticos se estaría llegando a un *copyright* perpetuo, que no es lo que quería el constituyente); y (b) cualquier ley de *copyright* debe pasar el escrutinio de la primera enmienda para lograr un equilibrio con la libertad de expresión²⁸¹.

Al final, la Suprema Corte de EUA resolvió que el Congreso no contravino la Constitución al aumentar el plazo de protección debido, en primer lugar, a que la única limitación al legislativo es que el *copyright* sea temporal, no perpetuo, pero el legislador es libre de elegir qué plazo concede para cumplir con el requisito de la temporalidad (la Constitución no exige máximos o mínimos); y, en segundo lugar, la Suprema Corte estimó que la duración de los derechos se ha venido extendiendo en EUA progresivamente desde el s. XIX porque ha aumentado la expectativa de vida²⁸².

Con esto, la Suprema Corte adoptó la tesis de Jack Valenti (a la sazón, director de la MPAA), de que el *copyright* cumpliría con el requisito de temporalidad si la ley dijera, incluso, que tal derecho dura para siempre menos un día²⁸³. A nuestro entender esto es un verdadero fraude de ley, que vacía el contenido y deja sin sentido el principio constitucional de temporalidad²⁸⁴.

Por lo que se refiere al argumento relativo a la libertad de expresión, la Suprema Corte determinó que la *Copyright Act* contempla salvaguardas internas a ese derecho fundamental (como el *fair use*), por lo que no es necesario someter el régimen de *copyright* al escrutinio de la primera enmienda, excepto en caso excepcionales cuando alguna modificación a la ley traspase los contornos tradicionales del *copyright*²⁸⁵.

De cualquier forma, independientemente de los méritos de la sentencia en el caso *Eldred*, su resultado práctico fue fortalecer, aun más, a las grandes industrias del entretenimiento en EUA²⁸⁶.

²⁸⁰ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 213 a 246.

²⁸¹ Grzelak, Victoria A., “Mickey Mouse and Sonny Bono go to the court: the Copyright Term Extension Act and its effect on current and future rights”, *John Marshall review of intellectual property law*, Chicago, vol. 2, 2002, pp. 104 a 110; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 228.

²⁸² Braegelmann, Tom, “Copyright law in and under the Constitution. The constitutional scope and limits of copyright law in the United States and in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and European law on copyright law in Germany”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 118 a 120; Netanel, Neil Weinstock, “Copyright and the first amendment: what *Eldred* misses – and portends” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 136 a 144; Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 215, p. 443; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 130; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 241.

²⁸³ Pollock, Rufus, “Forever minus a day? Calculating optimal copyright term”, *Review of economic research on copyright issues*, Nueva Zelanda, vol. 6, núm. 1, 2009, p. 35.

²⁸⁴ Coincidimos con las siguientes palabras del juez Stephen Breyer, disidente de la Suprema Corte en el caso *Eldred*, contenidas en su voto particular: “The economic effect of this 20-year extension –the longest blanket extension since Nation’s founding– is to make the copyright term not limited, but virtually perpetual. Its primary legal effect is to grant the extended term not to authors, but to their heirs, estates, or corporate successors”.

²⁸⁵ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 282, p. 151; y Garfield, Alan E., “The case for first amendment limits on Copyright Law”, *Hofstra law review*, EUA, vol. 35, 2007, p. 676.

²⁸⁶ En este sentido, Spinello indica que, evidentemente, el aumento del plazo fortalece a los titulares de derechos. *Cfr.* Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 155.

Inclusive, Pamela Samuelson encuentra un paralelismo entre la tendencia moderna de aumentar el plazo de protección del derecho de explotación y la era de los privilegios de impresión, pues en esta última el monopolio exclusivo era perpetuo y en la actualidad los derechos de explotación se están volviendo prácticamente perpetuos (al aumentarse ilimitadamente los plazos de protección)²⁸⁷.

Por otro lado, y en abono al fenómeno del fortalecimiento, las empresas estadounidenses iniciaron una táctica litigiosa (de la que probablemente se están arrepintiendo), que llegó a extremos de criminalizar a los menores de edad²⁸⁸.

El comienzo de la estrategia litigiosa se dio con el caso *Napster*. Veamos.

Un joven estudiante estadounidense llamado Shawn Fanning inició Napster en 1999, una plataforma que permitía intercambiar archivos MP3, la cual llegó a tener 70 millones de suscriptores. La industria discográfica empezó a verse afectada; tan sólo en 2001 los envíos de CDs bajaron un 6.4% y, en el año 2002 la disminución llegó al 8.9% (aunque no se sabe si esa merma fue culpa directa de Napster o de la mala calidad de los productos discográficos de esa época)²⁸⁹.

Como consecuencia, en diciembre de 1999 las disqueras demandaron a Napster en un juzgado de San Francisco, y en julio 2000 se dictó como medida cautelar la suspensión de las actividades de Napster²⁹⁰. La demandada se defendió alegando *fair use*, en particular porque no cobraba por descargar la música y no podía controlar lo que sus usuarios hacían. Al final, el juez de distrito emitió una sentencia encontrando a Napster culpable de violación al *copyright* de las disqueras²⁹¹.

Dicha decisión fue recurrida ante el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, en el sonado (nunca mejor dicho) caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* de 2001. En ese asunto, el *ad quem* no consideró que la actividad de Napster constituyera un *fair use*, ya que, luego de aplicar los cuatro criterios de esa prueba²⁹², el tribunal encontró que el intercambio de archivos es un uso consumitivo, no un uso transformativo (no se están creando nuevas obras); que el uso podía considerarse comercial, dada la forma tan repetitiva en que los usuarios accedían a las obras; el tipo de obras eran canciones, las cuales están más cercanas al núcleo duro de protección del *copyright*, en virtud de que

Vid. también Grzelak, Victoria A., *op. cit.*, nota 281, p. 115.

Así las cosas, incluso bajo la óptica utilitarista, quedó claro que el aumento del plazo no incentivaría la creatividad, al grado que esto fue explicado a la Suprema Corte por un grupo de economistas (que incluía 5 galardonados con el premio Nobel, como Friedman, Coase y Arrow), quienes además explicaron que tal incremento de 20 años no tiene más propósito que buscar mayores rentas (es decir, la protección de intereses particulares en ciertas industrias). *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 232.

²⁸⁷ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 170, p. 70.

Sobre los privilegios de impresión, *cfr.* el apartado 1.2 del capítulo segundo de la presente investigación.

²⁸⁸ Esto fue un cambio de estrategia, pues como nos recuerda Fisher, en el caso *Betamax* se demandó a Sony, ya que los productores cinematográficos no querían pelearse con sus consumidores por considerar una mala estrategia demandar a sus clientes. *Cfr.* Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221.

²⁸⁹ Chissick, Michael, y Kelman, Alistair, *Electronic commerce. Law and practice*, Londres, 3a. ed., Sweet & Maxwell, 2002, p. 5; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 13; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, pp. 174 y 175; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 107; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 157.

²⁹⁰ Varela Pezzano, Eduardo Segundo, *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright*, Colombia, Universidad del Rosario, 2009, pp. 35 y 36; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 107; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 158.

²⁹¹ Chissick, Michael, y Kelman, Alistair, *op. cit.*, nota 289, p. 5; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, p. 108.

²⁹² Para una explicación de tales criterios, *cfr.* el apartado 9.1 del capítulo cuarto de la presente investigación.

son fruto de la creatividad y tienen un limitado contenido informativo; no se tomaban partes o fragmentos de las obras musicales, sino se intercambiaban completas; además, se afectaba considerablemente el mercado de ventas de CDs, cuando los posibles consumidores podían obtener las mismas canciones gratis²⁹³.

El hecho de que Napster violaba derechos de autor difícilmente puede rebatirse, pues queda claro que, a través de su plataforma, realizaba actos de comunicación pública (puesta a disposición) en forma no autorizada (recuérdese que Napster tenía un directorio central de archivos). Así las cosas, la razón jurídica la tenían las disqueras. Lo criticable aquí es que las compañías discográficas hayan optado por acudir de inmediatamente al litigio, cuando el problema quizás se pudo haber resuelto previamente en forma menos agresiva. En este sentido, como apunta Goldstein²⁹⁴, la ironía es que las disqueras, al demandar a Napster y otros prestadores de servicios en línea, estaban atacando a sus aliados lógicos para comercializar música por Internet.

Con la caída de Napster proliferaron una variedad de programas para intercambiar archivos en línea, tales como Amister, Gnutella, AudioGalaxy, Limewire, etc., pero el que más destacó fue Kazaa. A diferencia de Napster, estos nuevos sistemas no tenían un directorio centralizado, sino que los usuarios accedían directamente a las computadoras de otros usuarios, lo que, en principio, hacía que su situación jurídica fuera diferente a la de Napster²⁹⁵.

Como consecuencia, desde 2001 las compañías disqueras tomaron acciones jurídicas contra Kazaa y contra Grokster (la empresa que licenciaba el *software* para usar Kazaa). La principal defensa esgrimida por los demandados, fue que los responsables por cualquier violación de derechos eran los propios usuarios que intercambiaban archivos (a diferencia de Napster, Kazaa no podía controlar lo que hacían sus usuarios), además de que se alegó que, como en el caso *Betamax*, el programa de cómputo podía usarse para usos no ilícitos. Las disqueras perdieron tanto en primera (2003) como en segunda instancia (2004), considerando los juzgadores que no había violación a derechos de autor²⁹⁶.

Empero, la industria disquera logró que la Suprema Corte de EUA conociera del caso *Grokster*. Como consecuencia, en el verano de 2005, por unanimidad, dicho tribunal revocó las resoluciones de los tribunales inferiores y declaró ilegal el modelo de negocios de Kazaa y el *software* de Grokster, pues su principal propósito era alentar al público a violar la ley²⁹⁷.

Asimismo, desde el otoño de 2003, las compañías disqueras implementaron la estrategia de demandar a quienes descargaban canciones²⁹⁸, incluso por la vía penal. Esto llevó a una criminalización de la materia²⁹⁹. Se criticó mucho a las disqueras por demandar a personas menos de edad (incluso de 12 años), aunque desde una visión meramente pragmática, Goldstein advierte que a dos meses de haberse iniciado los

²⁹³ Arroyo, Antonio M., y Prat, Margarita, *40 casos de ética empresarial*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 91; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 179; Varela Pezzano, Eduardo Segundo, *op. cit.*, nota 290, pp. 37 y 38.

²⁹⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 159.

²⁹⁵ Fisher III, William, *op. cit.*, nota 221; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 17; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 108 y 109.

²⁹⁶ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 109 a 111; y Varela Pezzano, Eduardo Segundo, *op. cit.*, nota 290, pp. 51 y 52.

²⁹⁷ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 8, pp. 114 y 121; y Varela Pezzano, Eduardo Segundo, *op. cit.*, nota 290, pp. 52 y 53.

²⁹⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 157

²⁹⁹ Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 215, p. 442.

juicios, las descargas de música en EUA disminuyeron a la mitad³⁰⁰. Paralelamente, aumentaron el número de adquirentes de música en Internet por vía legal a través de iTunes³⁰¹

Samuelson advierte sobre este fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales (pone como ejemplos a los consorcios Disney, AOL-Time-Warner y Reed Elsevier), con el cual el sistema de *copyright* beneficia a los grandes proveedores de contenido, en detrimento de empresas no tan grandes y de los creadores (quienes se encuentran en una situación de desventaja al contratar sus obras, pues las grandes empresas buscan adquirir todos los derechos sobre la obra a cambio de un solo pago)³⁰². De ahí que Lessig advierta: “the law’s role is less and less to support creativity, and more and more to protect certain industries against competition”³⁰³.

De todo lo expuesto en los párrafos previos, se puede apreciar que en los EUA hay un esfuerzo concertado de ampliar los derechos de propiedad intelectual, particularmente, del *copyright*³⁰⁴. Y como consecuencia del impulso que las grandes empresas han dado a la expansión del *copyright* y de la táctica de demandar a los ciudadanos que descargan música por Internet, el *copyright* se ha visto en el centro de la controversia, e incluso, ha llegado a ser incomprendido³⁰⁵. Esto nos servirá para entender el origen de muchas posturas extremas que pugnan, incluso, por la erradicación de los derechos de autor.

Pasemos ahora a estudiar las reacciones de la Unión Europea al fenómeno de Internet en el ámbito autoral.

3.4.- Postura de la Unión Europea.

La Unión Europea también ha sido proactiva para resolver la problemática de los derechos de autor en Internet, por lo que a continuación nos referiremos a las respuestas ahí generadas.

La Comisión Europea partió de la convicción de que los derechos de autor son indispensables para el desarrollo cultural y la creatividad, pero, además, buscó políticas para auxiliar a los proveedores de información y creadores a competir con sus pares extranjeros (particularmente los de EUA)³⁰⁶. Inclusive, no es ningún secreto que, desde hace varios años, hay una carrera entre la Unión Europea y los EUA en el campo de los derechos de autor³⁰⁷.

³⁰⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 158.

Sobre las críticas a esta radical estrategia, *cf.* Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, pp. 263, 264 y 277.

³⁰¹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 68, p. 158.

³⁰² Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 170, p. 68.

Cfr. también Lessig, Lawrence, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Nueva York, Random House, 2001, p. 250.

³⁰³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 19.

³⁰⁴ Halbert, Debora J., *Intellectual property in the information age. The politics of expanding ownership rights*, EUA, Quorum Books, 1999, p. 142.

³⁰⁵ Waelde, Charlotte, “Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 294.

³⁰⁶ Vaver, David, “Copyright developments in Europe: the good, the bad and the harmonized” en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 223.

³⁰⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 213.

De hecho, mientras que a inicios de la década de 1990, los EUA desarrollaban sus políticas relativas a Internet³⁰⁸, la Unión Europea se propuso una meta más ambiciosa: convertir a Europa en una “sociedad de la información”³⁰⁹. Asimismo, la Unión Europea también luchó para que la agenda digital de la OMPI reflejara sus políticas³¹⁰.

Por lo tanto, y como veremos a continuación, el camino que siguió la Unión Europea ha sido, en algunos puntos, similar al de los EUA. Veamos los aspectos más destacados de la respuesta de la Europa comunitaria.

3.4.1.- Los libros verdes y el Informe Bangemann.

El punto de partida de la Unión Europea fue el comunicado de la Comisión Europea conocido como *Libro Verde sobre los Derechos de Autor y el Desafío Tecnológico*, de 7 de junio de 1988.

Para muchos, leer este *Libro Verde* a más de 20 años de su expedición, demuestra la rápida revolución tecnológica y su impacto en el derecho, aunque las raíces de muchos temas contemporáneos ya se encontraban sentadas en ese documento³¹¹.

La Comisión se planteó la necesidad de lograr protección en diversas áreas de ciertas tecnologías novedosas, como los satélites, la computación y las bases de datos³¹². Las mejoras en las tecnologías de reproducción se veían como una espada de doble filo, en tanto beneficiaría a titulares y usuarios (dada la facilidad para hacer copias y su calidad), pero se generaban serios riesgos de competencia desleal derivada de la piratería³¹³. Se preveía que la tecnología digital quitaría mucho de su significado a las fronteras nacionales, por lo que había que enfrentar el reto y no sólo ignorarlo³¹⁴. Asimismo, se consideró que la falta de armonización en la regulación de los derechos de autor podría crear barreras a la libre circulación de bienes y servicios³¹⁵.

Para dar soluciones a estos problemas, la postura del *Libro Verde* fue sólo tocar los puntos que afectaban al mercado interno de la Comunidad Europea, y dejar otras cuestiones de los derechos de autor al Convenio de Berna³¹⁶.

En el tema de los programas de cómputo se percibe una ansiedad derivada de la preeminencia de los EUA en el sector, por lo que se buscaron medidas para crear un ambiente favorable para el desarrollo e inversión en esa industria, inclinándose la Comisión por la vía de los derechos de autor y desechando otras soluciones como las patentes o el derecho *sui generis* sobre el *software*³¹⁷. También se puso atención a la

³⁰⁸ Vid. *supra* el apartado 3.3 del presente capítulo.

³⁰⁹ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 224.

Asimismo, vid. Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 55, pp. 9 a 12.

³¹⁰ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 225.

³¹¹ Seville, Catherine, *EU intellectual property law and policy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 24.

³¹² Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 406; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 24; Rangel Medina, David, “Relaciones entre la propiedad industrial y el derecho de autor”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLIX, núms. 185-186, septiembre-diciembre 1992, p. 129.

³¹³ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 24.

³¹⁴ *Idem*.

³¹⁵ Cook, Trevor, *EU intellectual property law*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 74; y Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *Harmonizing European copyright law. The challenges of better lawmaking*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009, p. 5.

Vid., asimismo, De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 94.

³¹⁶ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 25.

³¹⁷ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 5; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, pp. 25 y 26.

protección de las bases de datos, sobre todo las que requirieran inversiones considerables³¹⁸.

Una de las principales críticas al *Libro Verde* se refiere a su énfasis en los temas empresariales y de mercado, en lugar de a los derechos de los autores³¹⁹. De ahí que Garrote afirme, que “en las primeras aproximaciones comunitarias a los problemas derivados del entorno digital se aprecia una clara influencia de la industria”³²⁰.

Posteriormente, se integró un Grupo de Alto Nivel sobre la Sociedad de la Información, presidido por Martin Bangemann. El 26 de mayo de 1994, dicho grupo expidió el informe *Europa y la Sociedad Global de la Información*, mejor conocido como el *Informe Bangemann*, en el cual se señaló que los derechos de autor tenían una función prioritaria en la nueva economía de la información, sugiriendo mantener un nivel alto de protección en la Unión Europea y tratando de incorporar las exigencias de la industria³²¹.

El 19 de julio de 1995 la Comisión expide el *Libro Verde sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, como paso definitivo a la expedición de normas comunitarias en la materia. En dicho documento, planteó las posibles respuestas a los nuevos modos de explotación en línea³²².

El *Libro Verde* de 1995 ya propuso una agenda que giraba en torno a los temas que hemos estado discutiendo en los apartados previos: la facultad de reproducción (y el problema de las copias temporales), la comunicación al público, las medidas tecnológicas de protección, así como otros temas que han quedado en el abandono, como el relativo a los derechos morales³²³.

El *Libro Verde* consideraba que permitir la copia privada y su correspondiente derecho de remuneración no tenía razón de ser, cuando la tecnología actual permite controlar las reproducciones privadas³²⁴.

Sobre el tema de las restricciones al derecho de explotación, se ha criticado mucho la visión neoliberal de la Comisión Europea en el *Libro Verde* de 1995, pues la justificación de dicha figura la basa en las fallas del mercado, lo que deriva en una postura que tiende a minimizar las restricciones frente a la posibilidad de controlar los usos de la obra por vía contractual³²⁵.

Posteriormente, se hicieron una serie de consultas y se instauró un Comité de Expertos para evaluar el *Libro Verde*. Dicho comité criticó la postura de la Comisión Europea de no darle tanta importancia a las restricciones al derecho de explotación y centrarse en la protección de las obras (casi ignorando el tema del derecho a la información). Asimismo, el comité apuntó que, aunque el almacenamiento temporal es

³¹⁸ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 26; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 5.

³¹⁹ Edelman, Bernard, “Reflexiones sobre el derecho de autor y su evolución en la Comunidad Europea”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXVII, núm. 4, 1993, p. 11; y Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, pp. 26 y 27.

³²⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 216 y 217.

³²¹ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, pp. 7 y 9; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 217; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 206.

³²² Mazziotti, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlín, Springer, 2008, p. 50; Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 315, p. 73; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 408; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 8; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 218.

³²³ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 208 y ss

³²⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171.

³²⁵ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, pp. 197 y 198.

técnicamente una reproducción, no debería significar una infracción al derecho de reproducción. De igual forma, consideró que aunque muchas restricciones al derecho de explotación existentes en el ámbito digital no podían trasladarse a Internet, sí debían conservarse aquellas que preservaran intereses importantes, como por ejemplo, la copia privada, los usos por bibliotecas y establecimientos educativos, etc³²⁶.

En 1996 se expidió una comunicación de seguimiento al *Libro Verde* por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas³²⁷. En dicha comunicación de seguimiento, la Comisión sigue viendo con buenos ojos la eliminación de la copia privada, pero debido al derecho a la intimidad de los usuarios de obras, considera inviable el retorno de la copia privada al ámbito de control de la facultad de reproducción, de ahí que proponga aplicar el derecho de remuneración por copia privada en el ámbito digital³²⁸.

Con el plan de acción fijado, la Unión Europea procedió a implementar los cambios que consideraba necesarios. En los temas que ahora nos interesan, esas modificaciones tuvieron su máxima expresión en la directiva que estudiamos en el siguiente apartado.

3.4.2.- La Directiva de la Sociedad de la Información.

El siguiente paso en el proceso europeo, fue la elaboración de una directiva³²⁹ con el fin de armonizar la legislación interna de los estados en relación con los temas tocados en los documentos oficiales antes reseñados.

Esta directiva buscaba tres propósitos: (a) implementar el *Libro Verde*, (b) continuar la armonización de los derechos de autor en el mercado interno, y (c) también implementar los tratados de la OMPI de 1996³³⁰.

La Comisión Europea declaró que no se podían atraer inversiones a la Unión Europea si no existía una adecuada protección para una nueva variedad de productos y servicios relativos a las carreteras de la información, lo que marcaría el tono de la directiva en comento³³¹.

³²⁶ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 215 y 216.

³²⁷ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 8; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 408.

³²⁸ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171.

Como bien afirma Llanos Cabedo, aunque la tecnología permita un control sobre las copias privadas, existen más fundamentos para mantener esa restricción al derecho de explotación y que no se ven afectados por la efectividad tecnológica; además de que muchos de esos fundamentos (intimidad, acceso a la cultura, propiedad privada) encuentran sustento constitucional en varios países. *Cfr.* Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 79.

³²⁹ Una directiva es un instrumento legislativo propio del derecho comunitario, por virtud del cual se fija una política regional que deben seguir los estados; esto significa que los países miembros han transponer esa directiva de la manera más acorde a su sistema jurídico nacional, ya sea mediante ley, decreto presidencial, acto administrativo o, incluso, reforma constitucional. *Cfr.* Folsom, Ralph H., *European Union law*, EUA, 6a. ed., Thomson West, 2008, p. 49.

³³⁰ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 229.

Cfr. también Lucchi, Nicola, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milán, Springer-Verlag, 2010, p. 86; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 50; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 462; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 95; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 116; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 73; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 181; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 51; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 54.

³³¹ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 50.

Sin embargo, no todo es mero mercado, pues en el considerando 3 de la directiva, se hace referencia a los derechos fundamentales³³²:

La armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general.

Ya en cuanto a su contenido, cabe apuntar que la directiva fue muy ambiciosa, pues trató de elevar los estándares establecidos por el TODA, y no sólo implementarlo³³³. Por tal razón, su tramitación parlamentaria fue controvertida, ya que muchos países preferían reforzar los derechos de autor, mientras otros se preocuparon por los derechos de los consumidores³³⁴. Tal y como sucedió con la DMCA, lo más polémico de la directiva es la regulación que hace de las medidas tecnológicas de protección³³⁵.

La directiva logró la armonización de tres derechos: el de reproducción, el de distribución y el de comunicación pública; además de que procura cierta armonización respecto de las restricciones a los derechos de explotación³³⁶. Veamos los puntos más destacados de dicha armonización.

De entrada, por primera vez en el derecho comunitario europeo se regula un derecho general de reproducción (antes sólo se habían logrado avances en materia de *software* y bases de datos)³³⁷. En relación al polémico tema del almacenamiento temporal, la directiva prevé un derecho de reproducción amplio que cubre *todas* las reproducciones, temporales o permanentes, por cualquier medio³³⁸. Sin embargo, dada la preocupación de varios estados miembros respecto de las reproducciones temporales, se creó una restricción sobre el particular, la cual es la única obligatoria, como se verá más adelante³³⁹.

La directiva contempla, asimismo, un derecho de comunicación al público que cubre la diseminación de obra por medios no físicos, incluyendo los accesos

³³² Geiger, Christophe, "Copyright's fundamental rights dimension at EU level" en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 28.

³³³ Hugenholtz, Bernt, "Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid", <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html>, septiembre de 2009.

³³⁴ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 229.

³³⁵ Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 164, p. 62; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 462; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 175.

³³⁶ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 51; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 73; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 222; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 95; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 116.

³³⁷ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 74.

³³⁸ Westkamp, Guido, "Author's rights and internet regulation: the end of the public domain or constitutional re-conceptualization?" en Perez Pugatch, Meir (cood.), *The intellectual property debate. Perspectives from law, economics and political economy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, p. 273; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 95, p. 1460; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 322; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 74; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 330, p. 87; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, pp 346 y 347; Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 229.

³³⁹ Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 315, p. 118; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 323; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 75; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 348; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 51.

individuales a obras en Internet, sin necesidad de que el público concurra en un mismo lugar, ni disfrute la obra al mismo tiempo³⁴⁰, como se puede apreciar en su a. 3.1:

Artículo 3º

Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

Se aprecia aquí una clara sintonía con la figura de la puesta a disposición prevista en el TODA.

Asimismo, la directiva en estudio, en plena concordancia con la mayoría de la doctrina europea, contempla la no aplicación del derecho de distribución a servicios en línea³⁴¹, dejando perfectamente claro que el a. 8º del TODA se implementa a través de la vía de la comunicación pública.

En el tema de las restricciones a los derechos de explotación, la intención era avanzar lo más que se pudiera hacia una armonización, sin embargo, los resultados fueron más bien modestos, por no utilizar otro calificativo³⁴². De hecho, las obligaciones que el TODA impone en la materia son pocas, y si la directiva pretendía implementar tal tratado, no había necesidad de entrar tanto al tema de las restricciones como se hizo (máxime que fue un tema tangencial en el *Libro Verde* de 1995)³⁴³.

Este rubro fue de uno de los más difíciles a los que se enfrentaron las autoridades comunitarias, pues los países no estaban dispuestos a deshacerse de las restricciones tradicionales que contemplan en sus leyes. El resultado es que la directiva contempla un catálogo amplio de restricciones al derecho de explotación³⁴⁴, lo cual es algo

³⁴⁰ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *Intellectual property law*, Nueva York, 3a. ed., Oxford University Press, 2009, p. 150; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 95, p. 1461; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 231 y 232; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 117; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 330, p. 88; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, pp. 65 y 66; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 409; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 52; Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 229.

Como corolario, cabe destacar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya dictó su primera sentencia sobre este derecho. Se trata del caso C-306-05, *SGAE v. Rafael Hoteles, S.A.*, de 7 de diciembre de 2006, en el que se señaló que cuando los hoteles ofrecen a sus huéspedes televisiones en las habitaciones, se está realizando un acto de puesta a disposición (comunicación pública) de una obra, y por tanto, debe obtenerse la respectiva autorización.

³⁴¹ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, pp. 66 y 67; Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 229; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 76.

³⁴² Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 53; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 684; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 304.

Por otro lado, la Unión Europea continuó así con la tradición jurídica continental, al prever derechos de explotación amplios y salvaguardar los intereses afectados por la vía de restricciones a esos derechos. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 321.

³⁴³ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 98.

³⁴⁴ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 325, p. 214.

Dicho catálogo recoge, principalmente, las restricciones ya previstas en varias legislaciones europeas, por lo que no hay mayor novedad. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 86.

verdaderamente insólito, pues es el primer instrumento supranacional que establece un listado de ese tipo³⁴⁵ en Europa³⁴⁶.

Como ejemplos de las restricciones previstas en la directiva, encontramos las siguientes: la copia privada, ciertas reproducciones en bibliotecas y museos, la grabación efímera, usos como ilustraciones con finalidad educativa, artículos sobre temas de actualidad, el derecho de cita, uso con fines de seguridad pública o en procedimientos gubernamentales, uso a favor de personas con minusvalías, uso en celebraciones religiosas u oficiales, usos incidentales, la parodia, casos de importancia menor, etc³⁴⁷.

Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida sobre si ese listado es cerrado o si los países europeos pueden incorporar restricciones diversas a las ahí mencionadas³⁴⁸. Aunque hay un sector mayoritario que interpreta que la adopción de restricciones nuevas no puede ser más amplia que la prevista en la directiva, es decir, que la lista es exhaustiva³⁴⁹.

Además, de dicha lista amplia de restricciones, sólo una es obligatoria: la relativa a las reproducciones temporales³⁵⁰, la cual fue formulada en el a. 5.1 de la siguiente forma:

Artículo 5°
Excepciones y limitaciones

1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

- a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
- b) una utilización lícita

³⁴⁵ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 95.

³⁴⁶ Desde 1993 la Comunidad Andina cuenta con un listado de ese tipo, como se puede apreciar en su Decisión 351. *Cfr.* Pacón, Ana María, “La protección del derecho de autor en la Comunidad Andina” en VV.AA., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003, p. 322.

³⁴⁷ No queda muy claro el criterio del legislador comunitario para decidir qué restricciones entraban a la lista y cuáles no, pues incluso restricciones sólidamente basadas en derechos fundamentales, fueron ignoradas por la directiva. *Cfr.* Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472.

A decir de un sector destacado de la doctrina holandesa, el legislador comunitario se basó primordialmente en las restricciones previstas en varios países miembros y en el Convenio de Berna, sin que se aprecie un esfuerzo de atender la problemática de las restricciones propias de Internet. *Vid.* Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 99.

³⁴⁸ Para más detalles, *vid.* Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 102.

³⁴⁹ Griffiths, Jonathan, “The ‘three-step test’ in European copyright law – problems and solutions”, Research paper no. 31/2009, Queen Mary University of London, 2009, p. 3; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 95, p. 1465; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 684; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 424 y 425; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 86; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 365; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 27; Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 230; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 305, p. 302.

³⁵⁰ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 340, p. 201; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 325, p. 214; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 421; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 185; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 330, p. 92; Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 30 y 31; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 409; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 53; Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 230.

de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

Dicha restricción cubre tanto las copias en la memoria caché, como la navegación a través de Internet (*browsing*)³⁵¹. Aunque ese alcance se ha cuestionado por la ambigüedad del texto, así como por la interpretación restrictiva y la aplicación de la regla de los tres pasos a que está sujeta tal restricción (a. 5.5 de la directiva)³⁵².

Asimismo, se ha criticado el texto del a. 5.1, porque genera incertidumbres sobre la importancia económica que pudieran generar las reproducciones temporales³⁵³. De ahí que sea debatido si las copias en memoria RAM están amparadas por la referida restricción; existiendo un sector doctrinal que las considera excluidas por tener significancia económica propia³⁵⁴.

De particular interés es el régimen de la copia privada, por lo que conviene echar un vistazo al a. 5.2.b de la directiva:

Artículo 5°
Excepciones y limitaciones

(...)

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

(...)

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;

Esto implica que la directiva ofrece diversas alternativas los estados de la Unión Europea, cuyos legisladores tendrán la decisión final sobre el régimen jurídico de la copia privada. Particularmente, destaca el carácter optativo de la regulación de la copia privada; y sólo en caso de que los estados decidan contemplarla como una restricción al derecho de explotación, deberá establecerse un derecho de simple remuneración³⁵⁵, además de que debe tenerse en cuenta si el titular de derechos de explotación blinda su obra con medidas tecnológicas de protección (caso en que la posibilidad de realizar copias privadas se deja prácticamente a la voluntad del titular de derechos, manifestada en una licencia, como se explica *infra*)³⁵⁶.

³⁵¹ Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 95, p. 1466; y Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 53.

En contra, hay quienes estiman que algunos tipos de copias caché están excluidas de la restricción, como por ejemplo Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 359.

³⁵² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 324 y 325; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 84.

Sobre la regla de los tres pasos en la directiva, *vid.* Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 3; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 684; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 97, p. 119; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 365; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 54.

³⁵³ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 53.

³⁵⁴ Entre este sector, se encuentra Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 35.

³⁵⁵ La “compensación equitativa” es entendida por la Comisión como derechos de remuneración. *Cfr.* Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 54.

³⁵⁶ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 171 y 172.

También llama la atención que la directiva no haya distinguido entre copia privada analógica y copia privada digital, estableciendo el mismo régimen jurídico para ambas³⁵⁷.

En conclusión, coincidimos con Hugenholtz cuando afirma que el tener un listado exhaustivo de restricciones no es una sabia decisión, dado el dinamismo propio de Internet y la constante evolución las formas de utilización de obras; amén que la directiva está redactada con referencias expresas a tecnologías vigentes. Y si bien existe una pequeña válvula de seguridad en el a. 5.3 (usos de importancia menor), ella sólo se refiere a restricciones ya existentes el ámbito analógico³⁵⁸. Además, que la postura tomada en la directiva no está muy acorde con la declaración concertada del a. 10 del TODA sobre la posibilidad de adoptar nuevas restricciones³⁵⁹. Y desde luego, el que casi todas las restricciones sean de adopción optativa para los países, poco ayuda a lograr una armonización en esta materia³⁶⁰.

Por tal razón, estamos de acuerdo con la postura de Casas Vallés, quien afirma que “lo más sensato habría sido un pequeño listado de límites obligatorios acompañado de una fórmula abierta, capaz de dar acogida a otros más”³⁶¹.

Por lo que hace al tema de las medidas tecnológicas de protección, hay primero que apuntar que el mismo no sólo fue tratado en la directiva en estudio, sino también la Directiva de Acceso Condicional, la cual regula los servicios de radio y televisión (sean o no digitales)³⁶².

En este sentido, el a. 6° de la Directiva de la Sociedad de la Información contempla una prohibición amplia de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, que abarca toda prestación de servicios, así como la fabricación o

³⁵⁷ Guilbault, Lucie, “The limit of balancing interests through copyright levies” en Andorno, Roberto, Hoppe, Nils, y Lenk, Christian, (coords.), *Ethics and law of intellectual property. Current problems in politics, science and technology*, Reino Unido, Ashgate, 2007, p. 237; Guilbault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 117; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 248.

³⁵⁸ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333.

Este destacado académico también critica que se limite a los legisladores nacionales la posibilidad de establecer nuevas restricciones, lo cual puede ser contrario a las máximas de subsidiariedad y proporcionalidad del derecho comunitario (y un posible vicio de invalidez de la directiva).

Respecto de las restricciones de importancia menor, *vid.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 325, p. 214; Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 492; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 54.

³⁵⁹ Sobre el particular, Begoña Ribera considera que la directiva va en contra de la declaración concertada al a. 10 del TODA, la cual señala que deben establecerse nuevas restricciones necesarias para conservar el equilibrio de intereses en Internet, añadiendo: “Ni siquiera se han previsto los nuevos avances tecnológicos que han surgido durante el proceso legislativo de la Directiva, lo que determina su carácter obsoleto antes de su transposición a las legislaciones nacionales”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 366.

Garrote también coincide en que no se está tomando en cuenta la declaración concertada del TODA, criticando que la directiva está limitando mucho la libertad de los legisladores nacionales y que no es lógico negar a estos legisladores la posibilidad de crear nuevas restricciones al derecho de explotación en Internet. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 426 y 427.

En el mismo sentido, *vid.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 91.

³⁶⁰ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 86 y 170; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 365.

³⁶¹ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 684.

³⁶² Hoeren, Thomas, *op. cit.*, nota 259, p. 575; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 246 y 247.

Cabe destacar que la normatividad comunitaria ya había regulado previamente las medidas tecnológicas de protección en el a. 7.1.c de la Directiva de Programas de Ordenador.

distribución de aparatos o componentes de elusión, a sabiendas o con conocimiento razonable de que su finalidad es eludir la medida³⁶³.

Aunque el texto de la disposición en glosa no habla expresamente de medidas de control de acceso y control de uso de las obras, la amplia redacción del a. 6.1 y el que el a. 6.3 hable de “un control de acceso”, nos permite concluir que la directiva da cobijo a ambas clases de medidas³⁶⁴. Esto nos plantea, al igual que en la DMCA, la existencia de un posible “derecho de acceso”³⁶⁵.

Claramente se exige autorización del titular de los derechos de autor para realizar los actos de elusión, lo que se traduce en que no basta la autorización de la ley (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación), sino que siempre que se eluda una medida tecnológica de protección, para *cualquier fin*, debe contarse con el permiso del titular o titulares respectivos³⁶⁶.

De esta forma, se aprecia que la Unión Europea buscó incorporar en la directiva una protección contra las medidas de elusión muy del tipo de la contenida en la DMCA de los EUA³⁶⁷, aunque con mayor amplitud, pues mientras en este último país no está prohibida la elusión de medidas que controlan la utilización de las obras (sólo se prohíben los actos de elusión de acceso), la directiva sí prohíbe la elusión de medidas relativas al uso de creaciones³⁶⁸. Garrote explica esta postura de las autoridades comunitarias en los siguientes términos:

El motivo de fondo parece claro. Si se quiere montar un sistema de protección efectivo, dicho sistema no puede ser eludido con la “excusa” de que se quiere ejercer una excepción, porque dicha excusa se podría alegar siempre, y la prueba de que lo que se pretendía era violar los derechos de propiedad intelectual y no ejercer un acto legalmente autorizado es harto difícil³⁶⁹.

Se aprecia, entonces, que en esta materia, la directiva está yendo más allá del TODA, el cual contiene una salvaguarda en el sentido de que las elusiones hechas para

³⁶³ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, pp. 229 y 230; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 465; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 554; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 182; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 330, p. 93; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 372; Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 315, p. 95.

³⁶⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 564.

³⁶⁵ Sobre este tema, *vid.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 71.

En este sentido, nos explica con detalle Garrote: “Si sancionamos la conducta de eludir las medidas tecnológicas que controlan el acceso y el uso de una obra o prestación –por ejemplo, un usuario que visualiza un sitio web saltándose la contraseña que lo protege– estamos en realidad formulando un ‘derecho patrimonial exclusivo’ que dice que: ‘el titular de los derechos de autor tendrá el derecho de autorizar el acceso y el uso de sus obras y prestaciones cuando éstas se encuentren protegidas por medidas tecnológicas’”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 564.

Cfr. también Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 302 y ss; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 176; y Westkamp, Guido, *op. cit.*, nota 338, p. 280.

³⁶⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 559 a 562.

Añadiendo este autor que: “un individuo no puede eludir una medida tecnológica de protección con la ‘excusa’ de que pretendía ejercitar una excepción autorizada por ley. Necesita en todo caso de la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual”. *Ibidem*, p. 583.

Cfr. también, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 103.

³⁶⁷ Hilty, Reto M., “The expansion of copyright law and its social justification” en Liu, Kung-Chung, y Heath, Peter (coords.), *Copyright law and the information society in Asia*, Portland, Hart, 2007, p. 9; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 164, p. 65.

³⁶⁸ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 553; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 183; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 72.

³⁶⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 561.

realizar un uso permitido por ley (léase restricciones al derecho de explotación) no deben considerarse violatorias de las disposiciones protectoras de esas medidas.

Respecto a la relación entre medidas tecnológicas de protección y restricciones a los derechos de explotación, a diferencia de la DMCA³⁷⁰, la directiva prevé una serie de disposiciones, aunque el resultado no es muy encomiable.

En este sentido, la directiva distingue entre obras licenciadas por Internet y el resto de obras³⁷¹. A este último tipo de obras se refieren los dos primeros párrafos del a. 6.4 de la Directiva de la Sociedad de la Información, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 6º
Obligaciones relativas a medidas tecnológicas

(...)

4. No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones.

Cabe iniciar la glosa de estas disposiciones adhiriéndonos a la doctrina que ha criticado su complicada y poco precisa redacción³⁷².

Dicho lo anterior, el sentido de las disposiciones transcritas es establecer tres reglas respecto a las obras no licenciadas en línea, a saber:

- Cuando lo que esté en juego sean reproducciones no lucrativas por centros de enseñanza, bibliotecas o museos públicos; el fotocopiado; grabaciones efímeras; reproducciones no lucrativas de radiodifusiones por instituciones sociales; ilustración con fines educativos e investigación científica; uso para minusválidos; y con fines de seguridad pública o en procedimientos administrativos o judiciales, se deja a la voluntad de los titulares de derechos el tomar medidas para facilitar a los usuarios el ejercicio de esas restricciones, y en caso de que los titulares de derechos no procedan de esa manera, entonces

³⁷⁰ En estricto sentido, los casos en los que se pueden eludir las medidas tecnológicas conforme a la DMCA no dependen de que exista o no *fair use*, sino de que así fueron tipificadas en la ley o por la autoridad administrativa. En cambio, lo que plantea la directiva es qué hacer cuando, al existir una restricción al derecho de explotación, la medida tecnológica impide ese uso lícito.

Como bien dice Lipszyc: “La Directiva no contiene excepciones precisas a las disposiciones contra la elusión similares a las previstas en (...) la DMCA, (...) sino que establece algunos principios generales relacionados con las limitaciones y excepciones tradicionalmente acogidas en las leyes sobre derecho de autor”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 183.

³⁷¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 572; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 114; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 80.

³⁷² Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 463; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 572; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 373.

el Estado *debe* tomar “medidas pertinentes”, siempre que la intensidad de esa medida pertinente sea proporcional (no neutralice la medida tecnológica de protección) y que quien se beneficie de la restricción sea un usuario legítimo (es decir, que haya pagado el acceso a la obra)³⁷³;

- Cuando lo que esté en juego sea la copia privada de obras digitalizadas, pero no por Internet, los estados *pueden* adoptar “medidas pertinentes” para permitir esas copias privadas, a menos que los titulares ya hayan permitido la realización de copias privadas, y nunca en perjuicio de la decisión del titular de decidir cuántas copias privadas le autoriza al usuario³⁷⁴;
- Respecto del resto de restricciones (por ejemplo, derecho de cita, informaciones de actualidad, obras situadas permanentemente en lugares públicos, parodia, uso incidental de obras, etc.) la directiva no permite eludir medidas tecnológicas de protección, dejándose la cuestión a lo que decidan los titulares de derechos³⁷⁵.

De entrada, ¿a qué se refiere la directiva cuando habla de “medidas pertinentes”? Se ha especulado que esto puede ser desde una obligación material del Estado (proveer de medidas tecnológicas para realizar la elusión) hasta una obligación jurídica (establecer cauces para que el titular desactive la medida)³⁷⁶.

Además, se aprecia que el régimen de las copias privadas digitales no en línea, es meramente facultativo, pues queda a la discreción de las legislaciones nacionales determinar si la copia privada será controlada por los titulares de derechos o si el Estado proporciona “medidas pertinentes” para eludir las medidas tecnológicas de protección con el fin de realizar copias privadas.

De cualquier forma, como bien afirma Ficsor³⁷⁷, en las tres hipótesis ya señaladas subyace, como razón principal, darle prioridad a lo que acuerden el usuario y el titular del derecho en los respectivos contratos de licencia; o como lo dice más claramente Delia Lipszyc³⁷⁸: la solución “reposa en la voluntad de los titulares de derechos”³⁷⁹.

³⁷³ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, pp. 560 y 561; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 577 y 578; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 184; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 124 a 128.

³⁷⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 578 y 579; Guilbault, Lucie, *op. cit.*, nota 357, p. 238; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 184 y 185; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, pp. 80 y 81; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 95; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 412; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 374.

El que los estados tomen medidas es meramente optativo, y los países comunitarios sólo pueden ejercer esa facultad en caso de que los titulares de derechos no hayan autorizado contractualmente la copia privada (en esta hipótesis, debe estarse a lo pactado en la licencia). *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 133.

³⁷⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 580; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 134.

³⁷⁶ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 473; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 577; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 127 y 128; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 80.

³⁷⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 561.

³⁷⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, p. 184.

Vid., asimismo, Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 472; Guilbault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 108; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 115; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 73.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obras licenciadas por Internet (que sería el grueso de los supuestos), lo encontramos en el cuarto párrafo del a. 6.4 de la Directiva:

Artículo 6º
Obligaciones relativas a medidas tecnológicas

4. (...)
(...)

Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.

Esta disposición es sorprendente, pues señala que lo que prevalece es la voluntad del titular del derecho, inclusive frente a las restricciones al derecho de explotación, convirtiendo el llamado “derecho de acceso” en un derecho prácticamente absoluto; por lo que el usuario nunca podrá eludir la medida tecnológica de protección si no cuenta con el permiso del titular³⁸⁰.

Esto es muy criticable, pues *prácticamente anula la figura de las restricciones al derecho de explotación en Internet*³⁸¹. En los usos en línea, queda descartada la posibilidad de desactivar las medidas tecnológicas de protección. En este sentido, nos refiere Garrote:

De este modo, la lista de excepciones del art. 5 sólo juega de forma efectiva para el entorno fuera de línea –dentro de los límites de los dos primeros párrafos del art. 6.4–, pero no tiene validez práctica para el mundo de Internet, en el que previsiblemente se va a acudir masivamente a la contratación en línea³⁸².

Sobre esto, el considerando 45 de la directiva, claramente señala:

Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional.

En este sentido, el alcance de la directiva es bastante cuestionable al privilegiar los intereses de los titulares de derechos, y subordinar a estos otro tipo de intereses

³⁷⁹ Esta respuesta sigue a pie de juntillas la filosofía neoclásica o maximalista de los derechos de autor derivada de la escuela de Chicago. Para una breve explicación y crítica de esa postura, *cfr. infra* el apartado 4.1.

³⁸⁰ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 283; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 573 y 574; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 201.

³⁸¹ “Por ello, las medidas tecnológicas de protección van a prevalecer en todo caso, incluso frente a los límites. El disfrute de las limitaciones a los derechos de autor queda supeditado a la libertad de contratar”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 115.

De igual forma Reinbothe indica: “being the beneficiary of an exception gives no right to hacking or circumventing technological measures”. Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411.

Ya en particular sobre la solución comunitaria en materia de copia privada, Cabedo nos refiere: “La solución propugnada por la Directiva respecto a la interrelación entre límites, en particular el de la copia privada, y medidas tecnológicas, no ha sido valorada positivamente por la doctrina, fundamentalmente porque el art. 6.4 no consigue alcanzar el equilibrio pretendido entre los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios, y porque la Directiva deja sin resolver muchas cuestiones prácticas”. Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 83.

³⁸² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 575.

involucrados, al grado de sancionar la elusión de medidas tecnológicas aplicadas a cualquier contenido (incluyendo los contenidos no protegidos por derechos de autor) y al prácticamente impedir que alguien pretenda utilizar una restricción al derecho de explotación frente a una medida tecnológica de protección.

Dicha situación, es justificada jurídicamente por Antequera Parilli al afirmar que el a. 11 del TODA “sólo contempla una protección mínima y que puede ser ampliada por las legislaciones nacionales”³⁸³.

Tal opinión parece intachable en principio. Si el TODA es un tratado que sólo establece obligaciones mínimas, y los estados pueden contemplar una protección mayor a la ahí prevista, no parece antijurídico que se vaya más allá de dicho acuerdo al sancionar la elusión de medidas tecnológicas aplicadas a contenidos no protegidos por derechos de autor y al sancionar toda clase de elusiones (incluyendo las que tengan por fin ejercer una restricción al derecho de explotación). De hecho, el a. 11 del TODA no contiene ninguna *prohibición* para que los estados legislen en ese sentido.

Sin embargo, bien miradas las cosas, una conclusión de ese tipo presenta algunas incorrecciones hermenéuticas, empezando porque el derecho no se interpreta por partes³⁸⁴, por lo que no sólo debe tomarse en cuenta el texto del a. 11 del TODA.

A mayor abundamiento, las reglas de interpretación en el derecho internacional, y en particular la regla general de interpretación prevista en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establecen que en la interpretación de un tratado no sólo se debe acudir al articulado, sino también a su *preámbulo* (a. 31.2), y debe tomarse en cuenta el *objeto y fin* del tratado (a. 31.1)³⁸⁵.

En este sentido, el preámbulo del TODA nos demuestra, por un lado, que el objeto y fin de ese tratado era proteger los derechos de los autores³⁸⁶, por lo que, de entrada, regular medidas tecnológicas sobre contenidos *no protegidos* por derechos de autor, queda fuera de la finalidad de ese acuerdo. Pero por otro lado, y en lo que resulta más destacable, el preámbulo del TODA hace evidente que *dicho tratado tiene como objeto y fin mantener un equilibrio entre los derechos de autor y los intereses del público* en materia de acceso a las obras³⁸⁷.

Y es evidente que una interpretación como la de Antequera o la postura adoptada en la directiva, es contraria a ese equilibrio, mismo que constituye el fin y objeto del TODA, propósito que debe ser tomado en cuenta al interpretar sus disposiciones. Amén de que un principio implícito en el derecho de los tratados, y explícito en la Convención de Viena (en relación a ciertos temas)³⁸⁸, es que los estados firmantes *deben abstenerse de frustrar el objeto o fin de un tratado*.

³⁸³ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 76, p. 392.

³⁸⁴ Como bien explica Grau: “la interpretación del derecho es interpretación del *derecho*, y no de textos aislados, desprendidos *del derecho*” (énfasis en el original). Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 110.

³⁸⁵ Vid. Gardiner, Richard, *Treaty interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 196 y 197; Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, Nueva York, 5a. ed., Oxford University Press, 1998, pp. 632 y 633; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Interpretación de los tratados en el derecho internacional” en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, 4a. ed., IJ-UNAM, 2003, p. 144.

³⁸⁶ En el preámbulo de dicho convenio se establece el deseo “de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible” (énfasis añadido), y se destaca “la notable significación de la *protección del derecho de autor* como incentivo para la creación literaria y artística” (énfasis añadido).

³⁸⁷ El preámbulo del TODA expresamente reconoce “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

³⁸⁸ Cfr. el a. 18 de dicho tratado.

De ahí que el sistema previsto en la directiva, puede ser contrario al fin y objeto del TODA, consistente en el equilibrio entre los intereses del público y los de los titulares de derechos. Sobre esta cuestión, afirma la Dra. Llanos Cabedo:

Y las medidas tecnológicas, buscando la protección de los derechos de autor, pueden desequilibrar de nuevo las relaciones entre creadores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual y usuarios cuando su utilización, sobre todo en lo que respecta a la copia privada, queda de forma absoluta a la voluntad de los primeros³⁸⁹.

Inclusive, Mazziotti explica que el a. 11 del TODA le da cierta inmunidad a las restricciones al derecho de explotación frente a la operación de medidas tecnológicas³⁹⁰.

Además, al concederle tanta importancia a la voluntad de los titulares de derechos en materia de medidas tecnológicas de protección, la directiva está dando pie a la *renuncia contractual* de las restricciones, el cual es otro problema sobre el que volveremos *infra* en el apartado 6.5.4.

Por otro lado, la directiva también contempla una prohibición de eludir información sobre gestión de derechos³⁹¹, tema menos controversial que las medidas tecnológicas de protección³⁹². Desde luego, con esto se implementó la obligación correlativa del TODA.

En fin, si hacemos un balance general de la directiva (sobre todo en el tema de las restricciones al derecho de explotación), podremos constatar que el rumbo y los resultados no son muy plausibles. En este sentido, coincidimos con Begoña Ribera, cuando apunta: “En definitiva, puede concluirse que la Directiva se decanta claramente hacia los titulares de derechos sin que los intereses del público estén suficientemente protegidos”³⁹³.

Mientras que Séverine Dusollier indica:

Despite the expressed intention of the European lawmaker to safeguard a balance between the rights of the copyright holders and the interests of the users and society at large, the anti-circumvention provisions give the rights owners preference: the protection is broad and surely extends beyond the boundaries of copyright; the exceptions are overridden, albeit the empty promise of the article 6(4)³⁹⁴.

De igual forma, López Maza afirma:

De nuevo se están concediendo importantes ventajas a las grandes compañías comerciales, que son las que se benefician en mayor medida de las creaciones intelectuales. Tal situación pone en peligro el acceso del resto de la sociedad a las obras y prestaciones protegidas³⁹⁵.

Así, la crítica generalizada a la directiva, ha sido que esta, más que preocuparse por los autores, pretende proteger a los grandes intereses industriales, dejando desamparados a los creadores frente a contratos abusivos (los cuales son cada vez más comunes)³⁹⁶.

En conclusión: bonitos derechos, pero reprochables restricciones³⁹⁷.

³⁸⁹ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 78.

³⁹⁰ *Cfr.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 73.

³⁹¹ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 230.

³⁹² Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 311, p. 57.

³⁹³ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 366.

³⁹⁴ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 462.

³⁹⁵ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 94.

³⁹⁶ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333.

³⁹⁷ Vaver, David, *op. cit.*, nota 306, p. 233.

A la Directiva de la Sociedad de la Información, hay que sumarle la Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines de 1993, por virtud de la cual se señaló que en la Unión Europea la duración de los derechos de explotación será de toda la vida del autor y 70 años después de su muerte³⁹⁸.

Con esto, se fortalece un poco más la posición de las industrias culturales, sin que realmente se beneficie a los autores, y, en cambio, se afecta a la sociedad en general. Por consiguiente, en la Unión Europea se está presentando un robustecimiento del derecho de explotación en forma similar a lo acontecido en EUA.

Como nos refiere Hugenholtz, en Europa son varios los académicos y jueces que se han preocupado por este –aparentemente imparabile– crecimiento de los derechos de explotación, que se refleja tanto en el aumento del plazo de protección, la ampliación de la facultad de reproducción a copias temporales y al uso digital de obras, y en que las restricciones al derecho de explotación deben derivarse de una limitativa “lista de compras” que establece la Directiva de la Sociedad de la Información³⁹⁹.

En este sentido Wealde indica que la tendencia en los últimos años ha sido la expansión de los derechos de explotación, mientras que las libertades de los usuarios se han ido mermando⁴⁰⁰. Mientras que Guibault refiere: “copyright balance has never been under as much strain as it is today”⁴⁰¹.

Esta situación es explicada por Geiger como una consecuencia de la abdicación de poder del Estado a favor de la industria, lo que ha generado una tendencia reciente a que los derechos intelectuales sean modelados por el sector privado, desbordando los límites tradicionales de estas prerrogativas⁴⁰².

Quedan así expuestos los aspectos más destacados de la Directiva de la Sociedad de la Información, por lo que pasaremos ahora a echar un vistazo sobre cómo se traspuso esa normativa comunitaria.

3.4.3.- Transposición de la Directiva.

Las directivas comunitarias, por sí mismas, no afectan las normas jurídicas internas de los estados miembros de la Unión Europea, sino que necesitan transponerse por los legisladores nacionales, es decir, se requiere que las autoridades internas correspondientes reformen la ley o expidan los instrumentos jurídicos pertinentes para que el derecho interno cumpla con lo que exige la directiva⁴⁰³.

Cfr. también, Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 73, pp. 487 y 498.

³⁹⁸ Esta directiva se encuentra derogada, pero el plazo de protección sigue igual en la vigente Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines de 2006.

Vid. Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 315, pp. 88 a 90.

³⁹⁹ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 333.

⁴⁰⁰ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 305, p. 293.

En igual sentido, Hanania explica el fenómeno del crecimiento de los derechos de explotación en las últimas décadas. Cfr. Hanania, Lílian Richieri, “Dereito de autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propiedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 451.

⁴⁰¹ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 1.

⁴⁰² Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 332, p. 30.

⁴⁰³ Las directivas no entran en vigor por sí mismas, sino que deben ser transpuestas internamente por los estados comunitarios. Cfr. Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 171, p. 464.

“La finalidad de la directiva es la aproximación entre las legislaciones o las políticas, en general, de los Estados miembros, en base a que dichas legislaciones se adaptan a la directiva de que se trate,

Por consiguiente, también la Directiva de la Sociedad de la Información debió ser transpuesta, para lo cual se concedió un plazo que feneció el 22 de diciembre de 2002⁴⁰⁴.

No es este el lugar adecuado para analizar a detalle la transposición en cada uno de los países miembros, sino que sólo nos centraremos en algunos puntos relativos a los derechos de explotación y sus restricciones, que nos harán ver algunos de los problemas de la directiva, así como las cuestiones que ha dejado sin resolver.

En particular, se puede observar que se logró la armonización de las principales facultades del derecho de explotación (incluyendo la comunicación al público⁴⁰⁵), pero no se logró armonizar la regulación de las restricciones al derecho de explotación, existiendo muchas diferencias en las leyes europeas⁴⁰⁶.

Por ejemplo, mientras que países como Alemania⁴⁰⁷ y España⁴⁰⁸ conservaron la restricción de la copia privada y su respectivo derecho de remuneración, el Reino Unido decidió no incorporar la remuneración por copia privada e incluso eliminó como *fair dealing* la investigación con fines comerciales⁴⁰⁹.

En cuanto a otras restricciones al derecho de explotación, la ley alemana conservó (y en algunos casos, amplió el alcance) de las restricciones existentes, así como incorporó como novedades las restricciones para minusválidos y las relativas a los fines educativos y de investigación⁴¹⁰, como también lo hizo la ley española que no contemplaba una restricción en ese sentido⁴¹¹.

Por lo que se refiere a la elusión de medidas tecnológicas de protección, en el Reino Unido se prohibió, en general, eludir medidas tecnológicas aplicadas a obras protegidas por el *copyright*⁴¹², lo que en opinión de Waelde⁴¹³ no deja espacio para ejercer la defensa de *fair dealing*⁴¹⁴. En cambio, en Alemania se buscó que las medidas tecnológicas no afectaran las restricciones al derecho de explotación, por lo que en estos casos, los titulares de derechos deben levantar las medidas a petición de los usuarios, estableciéndose un sistema de multas en caso de que no se cumpla esa petición (aunque, siguiendo a la directiva, se deja abierta la posibilidad de que la cuestión de las restricciones se pacte contractualmente)⁴¹⁵. Situación similar es la de España, en donde

aunque la forma y los medios no sean los mismos en cada Estado”. Bacigalupo, Mariano, Fuentetaja, Jesús Ángel, Fernández, Carmen, Linde, Enrique, Mellado, Pilar, y Miralles, Pedro Pablo, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2000, p. 365.

⁴⁰⁴ España, Finlandia y Francia no cumplieron con ese término.

⁴⁰⁵ Por ejemplo, esta facultad fue incluida en 2003 la legislación inglesa, lo cual resultó una novedad en ese sistema jurídico. *Cfr.* Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 55.

⁴⁰⁶ “La gran mayoría de Estados miembros, seducidos por la extensa lista de la Directiva, han introducido en su legislación excepciones nuevas que antes desconocían”. López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 167, p. 245.

Sin embargo, aun así, las restricciones permitidas varían de país a país.

⁴⁰⁷ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, pp. 493 y 494 (se conservó tanto la copia privada analógica como la digital).

⁴⁰⁸ Delgado Porrás, Antonio, “La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de Propiedad Intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)” en Delgado Porrás, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, pp. 375 y 376.

⁴⁰⁹ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 55.

⁴¹⁰ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, pp. 492 y 493.

⁴¹¹ Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 408, p. 376.

⁴¹² Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 55.

⁴¹³ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 305, p. 302.

⁴¹⁴ En todo caso, lo que habrá son acciones de cese o reclamación de levantamiento de las medidas.

⁴¹⁵ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 496.

los usuarios afectados pueden acudir, incluso, a la jurisdicción civil para hacer valer un uso amparado por una restricción a un derecho de explotación⁴¹⁶.

Con esto se puede apreciar que todavía falta mucho en Europa para resolver y unificar los criterios respecto a la problemática de los usos de obras en Internet.

3.4.4.- El nuevo libro verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento.

El 16 de julio de 2008 la Comisión Europea emitió el *Libro Verde Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento*⁴¹⁷. Su propósito, según se advierte en el preámbulo de ese documento es propiciar el debate acerca de la “mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación”.

La mera apertura para debatir estos tópicos resulta positiva, pues muchos legisladores nacionales han hecho caso omiso a los reclamos de diversos sectores de la sociedad⁴¹⁸.

Con menos ambición que los previos libros verdes (pero reiterando la importancia de una robusta protección a los derechos de autor), este documento se centra en las restricciones al derecho de explotación y sus implicaciones en la ciencia, la educación y el conocimiento en Internet. Se propone analizar si el sistema de restricciones planteado en la Directiva de la Sociedad de la Información sigue siendo de utilidad en estos momentos⁴¹⁹.

En particular, este libro verde se centra en las restricciones que la Comisión Europea considera más importantes en materia de conocimiento: la relativa a bibliotecas y archivos, la relativa a la docencia y la investigación, la relativa a los discapacitados, y una posible nueva restricción relativa a los contenidos creados por usuarios⁴²⁰.

La Comisión abrió un periodo de consultas sobre el tema con el fin de luego definir con más claridad las políticas a seguir.

Este nuevo libro verde puede terminar siendo el catalizador para un mejoramiento del sistema de restricciones a los derechos de explotación en la Unión Europea, sobre todo para salvaguardar el derecho a la educación y el derecho a la información. Habrá que ver cómo evoluciona.

3.5. Reflexiones sobre la situación en México.

No es sorpresa que México no conceda mayor importancia a los temas de derechos de autor, y que, como consecuencia, no se haya formulado ninguna política pública integral sobre el impacto de la tecnología digital en la utilización de obras. No encontramos en

⁴¹⁶ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 350, p. 53.

⁴¹⁷ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 9.

⁴¹⁸ Bajon, Benjamin, Drexl, Josef, Früh, Alfred, Geiger, Christophe, Hilty, Reto M., Klass, Nadine, Krujatz, Sebastian, y Kur, Anette, “European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy - Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-05, Alemania, 2008, pp. 2 y 3.

⁴¹⁹ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 315, p. 10.

⁴²⁰ *Idem.*

nuestro país ningún equivalente al *Libro Blanco* de EUA o al *Libro Verde* de la Unión Europea⁴²¹, ya referidos en los apartados previos.

En realidad, los pocos –y deficientes– avances que nuestro país ha hecho en la materia, se derivan del intento de implementar las obligaciones asumidas en el TODA, lo cual encuentra su materialización en la LFDA y en el Código Penal Federal.

Sin embargo, la implementación del TODA ha sido muy peculiar en nuestro país. Sabemos que la conferencia diplomática de Ginebra se llevó a cabo del 2 al 20 de diciembre de 1996, y que el TODA entró en vigor el 6 de marzo de 2002, al haber pasado 3 meses de juntarse las treinta ratificaciones que su a. 20 exigía⁴²². Pues bien la iniciativa de nueva LFDA, se presentó ante el Congreso de la Unión el 13 de noviembre de 1996, se aprobó (con leves cambios) el 5 de diciembre de 1996, y se publicó en el DOF el 24 de diciembre de 1996. Como veremos a continuación, la iniciativa de la LFDA ya contenía los principales puntos materia del TODA.

No es difícil concluir que nuestro legislador se precipitó al implementar un tratado, antes de que concluyera la conferencia diplomática respectiva y de que se aprobara el convenio. Esto nos servirá para entender algunas disposiciones de la LFDA que parecen no tener sentido dado el resultado del TODA, así como comprenderemos (al menos en parte⁴²³) por qué el TODA no ha terminado de implementarse en su totalidad en nuestro país.

Para ver la manera en que México ha implementado el TODA, dividiremos el análisis de nuestra legislación en los cuatro puntos con base a los que estudiamos el referido tratado: comunicación al público, reproducción, restricciones al derecho de explotación, y medidas tecnológicas de protección (e información sobre gestión de derechos). Finalmente, haremos referencia a si en México se ha presentado o no el mismo fenómeno del fortalecimiento de la posición jurídica de las industrias culturales, visto en otros países.

3.5.1. Internet y la comunicación al público.

Como ya vimos en el presente capítulo (*supra* apartado 3.2.1), según el a. 8° del TODA (relativo a la comunicación al público) la calificación de las transmisiones de obras por Internet depende de la legislación interna (solución “paraguas”), pero debe de protegerse el acto de mera puesta a disposición por virtud del cual el usuario esté en aptitud de acceder en el lugar y en el momento que elija.

Nuestra LFDA cumple con esa obligación internacional, misma que se encuentra implementada de la forma que explicamos a continuación.

Si bien la facultad de comunicación pública del derecho de explotación no está regulada en forma muy técnica en nuestra ley⁴²⁴, podemos apreciar que las normas vigentes dan cabal cumplimiento al TODA. En primer lugar, la LFDA proporciona una definición muy amplia del acto de “comunicación pública”, como se desprende de la fr. III de su a. 16:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

⁴²¹ De ahí que, con un reprochable tufo racista, Blanco Labra haya indicado que en Latinoamérica no se expidió un “Libro Café” (*Brown Paper*), mientras que a Asia le correspondería el “Libro Amarillo” (*Yellow Paper*). Vid. Blanco Labra, Víctor, *op. cit.*, nota 3, p. 279.

⁴²² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 74, pp. 120 y 238.

⁴²³ Acertadamente, José Luis Caballero indica que la LFDA incorporó sólo parte de las disposiciones sustantivas del TODA. Cfr. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 3.

⁴²⁴ Sobre este punto, *vid.* el apartado 5.2.2.3 del capítulo segundo del presente trabajo.

(...)

III.- Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;

Cuando dicha disposición señala que la obra “se pone al alcance general”, está reflejando el espíritu de la “puesta a disposición” que establece el a. 8° del TODA, sin que exija que el público acceda simultáneamente a la obra, y siendo irrelevante que la comunicación pública sea de punto a multipunto o de punto a punto. Todo esto se refuerza por la referencia abierta a “cualquier medio o procedimiento”, lo que, incuestionablemente, de cabida a las transmisiones interactivas por Internet⁴²⁵.

Asimismo, hay que recordar que, en una torpeza legislativa, la LFDA da otra definición genérica del acto de comunicación pública (bajo el rubro de “ejecución o representación pública”, que son, más bien, modalidades de la comunicación pública). Sin embargo, a pesar de la pifia del redactor de la ley, esta diversa definición de comunicación pública nos lleva a la misma conclusión respecto de la implementación del TODA, como se desprende del a. 16, fr. IV de la ley:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

(...)

IV.- Ejecución o representación pública: Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro;

De nueva cuenta, se califica el mero acto de puesta a disposición de la obra (bajo la frase “presentación de una obra”) y no se requiere su efectivo acceso por parte del público, así como tampoco se exige el acceso simultáneo por parte de los espectadores u oyentes. La referencia a “cualquier medio” termina por confirmarnos la calificación de las transmisiones por Internet como actos de comunicación pública.

En este orden de ideas, si bien queda claro que los autores pueden autorizar o prohibir el uso de sus obras en Internet, dado que los aa. 24 y 27, fr. VII, de la LFDA conceden un derecho general de explotación sobre cualquier utilización pública de la obra por cualquier forma (con o sin fines de lucro), el propio a. 27 nos refuerza la aplicabilidad de la facultad de comunicación pública a este tipo casos.

Efectivamente, el a. 27, fr. II, le da el siguiente alcance a la facultad de comunicación pública:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

II.- La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

⁴²⁵ A igual conclusión llega Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2005, p. 13.

Cfr., asimismo, López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 117, p. 26.

De entrada, la referida fr. II habla de controlar “la comunicación pública”, pero no define este término, lo que significa que debemos remitirnos a la definición del a. 16, fr. III de la ley, la cual, según hemos visto, da cabida a las transmisiones interactivas de obras por Internet.

Pero además, el inciso c) de la fracción en comento habla del “acceso público por medio de la telecomunicación”, lo que incluye a Internet⁴²⁶, pues a través de esta red se hace telecomunicación (comunicación a distancia), y el texto normativo sólo habla de acceso público, pero nunca nos dice que tal acceso debe ser simultáneo, ni que no pueda ser sólo de punto a punto.

Ahora bien, como se recordará, uno de los errores de técnica legislativa de la LFDA es que, en su a. 27, dedicó una fracción adicional para la modalidad de transmisión pública, separada de la fracción que regula genéricamente la comunicación pública⁴²⁷. Sin embargo, esta fracción relativa a la transmisión pública nos confirma la conclusión ya esbozada en relación a Internet:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

(...)

III.- La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;
- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido por conocerse.

Y decimos que esto también da cabida a las transmisiones por Internet, dado que la fr. III habla de transmisión “en cualquier modalidad”, lo que permite incluir las transmisiones interactivas en Internet o transmisiones “a la carta”, en donde el usuario elige el contenido, así como el momento y lugar en donde accede. De igual forma, nada en el texto de la referida fracción, establece que el público debe acceder a la obra al mismo tiempo o en el mismo lugar. Además de que la referencia a cualquier medio “conocido o por conocerse”, de plena cabida a Internet⁴²⁸.

De hecho, Luis Schmidt estima que la inclusión de este “derecho de transmisión” de la fr. III separado de la fr. II (relativa a la facultad de comunicación pública), se hizo para cumplir con el a. 8° del TODA⁴²⁹. Independientemente de lo que pudo haber motivado al legislador, queda claro que el referido tratado no exigía crear un nuevo “derecho de transmisión”, pues como vimos en el apartado 3.2.1 del presente capítulo, cada país es libre de determinar cómo implementar la regulación de la puesta a

⁴²⁶ En el mismo sentido, Schmidt, Luis C., “Digital millenium ‘a la mexicaine’”, *Copyright world*, diciembre 2000-enero 2001, p. 23; y Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 3.

⁴²⁷ En este sentido, Mora indica que “la técnica legislativa no es muy correcta, ya que la aludida fracción III está de más, pues el acceso al público por medio de la telecomunicación, referida en el inciso c) de la fracción II, es precisamente el contenido de la III”. Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 425, p. 14.

Para un comentario más detalles sobre ese error, *vid.* el apartado 5.2.2.3 del capítulo segundo de la presente investigación.

⁴²⁸ De conformidad con la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, el derecho de comunicación al público previsto en a. 8° del TODA se implementa a través de las fr. II y III del a. 27 de la LFDA. *Cfr.* “Estudio sobre las disposiciones nacionales de aplicación del WCT y el WPPT”, estudio preparado por la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, p. 528.

⁴²⁹ Schmidt, Luis C., “Mexico: Internet copyright”, *Computer und recht international*, Colonia, febrero 2001, p. 32.

disposición por Internet (e incluso, daba un guiño a quienes consideraban que debía hacerse a través de la facultad de comunicación pública)⁴³⁰; amén de que la mera definición de comunicación pública contenida en la LFDA (a. 16) y la correlativa facultad genérica de comunicación pública (a. 27, fr. II), cumplieran con todo lo exigido por el TODA. De hecho, una comparación jurídica de diversos ordenamientos en el mundo, nos demuestra que el mero derecho de comunicación pública (con los requisitos establecidos por el TODA), es más que suficiente para implementar el referido tratado, sin que fuera necesario crear un “derecho de transmisión”. Además, más que un “derecho de transmisión”, los artículos 16 y 27 de la LFDA, nos demuestran que esta ley implementó el TODA echando mano de la facultad de comunicación pública.

Finalmente, cabe citar el a. 113 de la LFDA, que si bien nada abona al a. 27, fr. II y III, reitera la protección de las obras que circulan por Internet, al señalar que quedan protegidas transmitidas por medios electrónicos a través de redes de telecomunicaciones.

Por todo lo anterior, se concluye que el a. 8º del TODA está implementado en el derecho mexicano, y que, conforme a la LFDA, las transmisiones de obras en Internet califican como actos de comunicación pública, controlados por la facultad de comunicación pública⁴³¹.

En cambio, de la lectura del a. 16, fr. V⁴³², y 27, fr. IV⁴³³ de la LFDA, se concluye que, de conformidad con la postura generalmente aceptada en los países de tradición jurídica europea continental, las transmisiones por Internet no pueden considerarse actos de distribución, pues estos implican la traslación de la propiedad o el uso sobre un ejemplar de la obra, cosa que no sucede en las transmisiones en línea, en las que hay circulación de *bits* (pedazos intangibles de información digitalizada) y no tanto soportes materiales de las obras, como sucede con la transmisión de obras por cualquier forma de telecomunicación (por ejemplo transmisión de películas por televisión o por teléfono).

Como consecuencia lógica, la figura del agotamiento de la facultad de distribución (también conocida como *first sale doctrine*) no aplica para las transmisiones en Internet, como tampoco aplica en ningún otro acto de comunicación pública; no sólo porque la ley no lo diga, sino también porque nunca hay una *venta* (u otro acto traslativo de la propiedad o del uso) de un objeto material.

⁴³⁰ En este tenor, cabe recordar lo afirmado por Ginsburg en el sentido de que la “puesta a disposición” no es, en estricto sentido, un nuevo derecho de autor sino parte integrante de la facultad de comunicación pública. Cfr. Ginsburg, Jane C., “The (new?) right of making available to the public” en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 246.

⁴³¹ Esta conclusión se refuerza con la exposición de motivos de la LFDA, que sobre el particular, señala que el autor tiene facultades en materia de “comunicación pública de su obra en cualquier medio, inclusive los más modernos medios electrónicos”.

Cfr. también, en este sentido, Ovilla Bueno, Rocío, *op. cit.*, nota 31, pp. 429 a 431; Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (segunda de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004, p. 28; y Vera Vallejo, Luis, “El marco jurídico mexicano en la nueva sociedad digital” en VV.AA., *Memorias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, México, Tec de Monterrey-CEM / Federación Iberoamericana de Derecho e Informática, 2000, p. 567.

⁴³² “V. Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma”.

⁴³³ “IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley”.

Para más detalles sobre la facultad de distribución, remitimos al apartado 5.2.2.2 del capítulo segundo de la presente investigación.

En conclusión: nuestra LFDA ha implementado satisfactoriamente el a. 8° del TODA a través de la regulación de la facultad de comunicación pública, la cual sirve para proteger las obras en las transmisiones digitales por Internet. De ahí que, con acierto, José Luis Caballero afirma que la LFDA permite “controlar el uso o explotación de las obras de creación a través del entorno digital”,⁴³⁴.

En contra, Gabriela Barrios estima que el contenido de la LFDA no es suficiente, indicando:

El cuerpo normativo de la Ley referida omite el concepto de Internet, red de redes o supercarretera de la información como concepto (sic), aunque se refiere en algunos artículos al “acceso público por medio de la telecomunicación” y la “transmisión pública” de obras a través de “cable, fibra óptica, microondas, vía satélite y medios análogos”. La naturaleza de Internet como red universal requiere de una mayor precisión que derive de un entendimiento del proceso de “puesta en línea” de obras originales que se manifieste en la legislación autoral vigente, aunque hay que aceptar que ésta replantea el concepto de publicación de obras, al precisar que éstas pueden ser puestas a disposición por medios electrónicos⁴³⁵.

Sin embargo, además de que la obligación derivada del TODA era regular la “puesta a disposición” en términos abstractos, y que la máxima de neutralidad tecnológica recomienda no hacer referencias puntuales a una tecnología en particular, hay que mencionar que la legislación comparada nos demuestra que la forma en que México implementó el a. 8° (mediante disposiciones generales, sin referencia expresa a Internet) fue la más socorrida y aceptada en otros lares. Razón por la que no compartimos la opinión de Barrios Garrido.

3.5.2. Internet y la reproducción.

En su oportunidad, dijimos que el TODA no contiene artículo alguno relativo a la facultad de reproducción, y sólo una de sus declaraciones concertadas (cuyo alcance jurídico es cuestionable) señala que la facultad de reproducción, tal y como se prevé en el Convenio de Berna, es aplicable en el entorno digital y que el almacenamiento digital en un soporte electrónico constituye una reproducción; sin que esto implique una respuesta definitiva al tema de las reproducciones temporales que se hacen automáticamente en las transmisiones por Internet.

Empero, en el caso de México no sólo no queda lugar a dudas que la facultad de reproducción aplica a Internet, sino además, que *toda* clase de almacenamiento temporal de obras se considera un acto de reproducción⁴³⁶, como se desprende de la definición contenida en el a. 16, fr. VI de la LFDA:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

⁴³⁴ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 3.

En igual sentido, López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 117, p. 28.

⁴³⁵ Barrios Garrido, Gabriela, “Internet y lo que falta en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 371.

⁴³⁶ En este sentido, Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 3; López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 117, p. 26; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 425, p. 7.

De igual forma, la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI apunta que el a. 16, fr. VI de la LFDA considera como actos de reproducción los almacenamientos temporales. *Cfr.* “Estudio sobre...” *cit.*, nota 427, p. 544.

(...)

VI.- Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier *almacenamiento permanente o temporal* por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa. (Énfasis añadido).

Lo que nos lleva a concluir que el almacenamiento temporal de obras está sujeto al *ius prohibendi* del derecho de explotación, dado el alcance que la LFDA le da a la facultad de reproducción, como se observa a continuación:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I.- La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar;

Dicha disposición permite controlar todo acto de reproducción (que, como vimos, incluye el almacenamiento temporal de obras), así, en términos amplios, sin importar el medio por el que se realice la reproducción⁴³⁷. Incluso, el texto normativo hace mención expresa a los medios de carácter electrónico, como lo es Internet.

Asimismo, destaca que la LFDA no contenga ninguna restricción al derecho de explotación relativa a las reproducciones temporales en la red.

El control sobre las reproducciones en Internet se refuerza, además, con lo establecido en el a. 113 de la LFDA, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 113.- Las obras e interpretaciones o ejecuciones transmitidas por medios electrónicos a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y el resultado que se obtenga de esta transmisión estarán protegidas por esta Ley.

Y el resultado de esas transmisiones en línea son, precisamente, reproducciones de las obras. De tal forma que el a. 113, si bien no dice nada nuevo, reitera el alcance que nuestra ley le da a la facultad de reproducción en Internet.

Como bien afirma Manuel Becerra, todas esas disposiciones son una reacción de nuestra LFDA ante el fenómeno de Internet⁴³⁸.

Una posible explicación sobre el por qué nuestra ley sujeta los almacenamientos temporales en Internet a la facultad de reproducción, es que al momento de su tramitación parlamentaria se ignoraban los debates de la conferencia diplomática que dio origen al TODA, pues ambos procedimientos concurren casi simultáneamente; y como ya se explicó *supra*, la propuesta básica del TODA sujetaba las reproducciones temporales a la facultad de explotación, pero dada la polémica que esa cuestión suscitó, no se llegó a un arreglo y no se incluyó esa disposición en el TODA⁴³⁹.

⁴³⁷ Inclusive, esto es reforzado por la definición de fijación que establece la LFDA, en donde una obra se considera fijada si existe la posibilidad de que la obra pueda, con base a esa fijación, ser percibida o reproducida, sin que se exija una mayor temporalidad o incluso permanencia, como se desprende del a. 6° de esa ley: “Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación”.

Vid. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 3.

⁴³⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 59, p. 190.

⁴³⁹ *Cfr.* Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 426, p. 24.

Como consecuencia, nuestra LFDA implementó una disposición que al final no quedó en el TODA⁴⁴⁰. Aunque algunos podrían argumentar que las reproducciones temporales están sujetas a la facultad de reproducción como consecuencia de la declaración concertada del TODA⁴⁴¹, y sobre todo, por el a. 9.1 del Convenio de Berna⁴⁴²; por lo que se podría esgrimir que nuestra LFDA sólo está cumpliendo con Berna.

Sin embargo, lo verdaderamente preocupante son las consecuencias que la aplicación del derecho de explotación a la reproducciones temporales puede traer a todos los ciudadanos que a diario utilizan Internet, así como al desarrollo del comercio electrónico en nuestro país.

Esto en virtud de que actos, aparentemente inocuos, como el navegar por Internet o el visualizar una obra en pantalla, se convierten en reproducciones no autorizadas de obras, lo que se traduce en una violación a la facultad de reproducción si no se cuenta con una licencia del titular⁴⁴³, máxime que no existe una restricción en ley que permita dichas reproducciones (al menos si aplicamos la doctrina clásica de las restricciones⁴⁴⁴).

En este orden de ideas, e impulsado por un evidente sentido común, Becerra Ramírez opina:

Creo que en lo que respecta a la legislación mexicana ese hecho de simplemente “curiosear”⁴⁴⁵, sin tener objetivos de lucro (que es donde la legislación mexicana pone el acento, insisto) no constituye una violación del derecho de autor en su aspecto económico⁴⁴⁶.

No obstante, en los términos en que está redactada la LFDA y aplicando la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, no es posible aceptar la conclusión de Becerra.

En efecto, el derecho de explotación (y concretamente la facultad de reproducción) puede violarse existan o no fines de lucro, pues el a. 27, fr. I de la ley autoral, es claro en señalar que, *prima facie*, el autor puede autorizar o prohibir *cualquier* acto de reproducción de su obra⁴⁴⁷. El *fin de lucro* es relevante para saber si el

⁴⁴⁰ En este tenor, Vera Estrada especula respecto de la LFDA que “quienes la proyectaron se dejaron llevar por la caudalosa corriente que aseguraba que el Tratado –a la sazón en ciernes– asumiría por completo la ‘agenda digital’ que privaba en el supracitado ‘White Paper’”. Vega Estrada, Ignacio, *op. cit.*, nota 230, p. 355.

⁴⁴¹ *Vid. supra* la nota al pie 115.

⁴⁴² *Vid. supra* las notas al pie 116 y 117.

⁴⁴³ Misma que, según nuestra LFDA, debe constar por escrito y prever una contraprestación en dinero para el titular del derecho. *Cfr.* el apartado 5.2.5 del capítulo segundo de la presente investigación.

⁴⁴⁴ A la cual dedicamos el apartado 7 del capítulo cuarto de este trabajo.

⁴⁴⁵ O “navegar” en Internet.

⁴⁴⁶ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 59, p. 182.

Postura similar es la de Címpoli, aunque este autor, más que enfocarse en la finalidad no lucrativa, se convence por la teleología misma de los sitios *web*, afirmando que “las páginas *web* han sido creadas por sus autores con la expresa finalidad de ser vistas por los navegantes, razón por la cual la carga de las mismas en la memoria RAM del ordenador del navegante jamás puede ser ilícita ya que ésa es su función real”. *Cfr.* Címpoli, Gabriel Andrés, *Principios de derecho penal informático*, México, Ángel, 2004, p. 67.

⁴⁴⁷ Como bien dice Ribera Blanes: “el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de decidir quién, cómo y en qué condiciones se va a llevar a cabo esa reproducción”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, p. 199.

Entre nosotros Morales Montes, catedrático de la UNAM, explica: “La protección exclusiva otorgada por la LFDA consiste no sólo en el derecho de percibir retribuciones de cualquiera que use o explote su obra, sino en la facultad de decidir por quién, cuándo, cómo y en qué condiciones se llevará a cabo esa utilización”. Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital

acto de reproducción se puede sancionar como una infracción administrativa en materia de comercio⁴⁴⁸ o como un delito⁴⁴⁹; pero incluso, cuando se hacen reproducciones no autorizadas sin fines de lucro, hay una violación al derecho de explotación que puede reclamarse por la vía civil⁴⁵⁰ e, inclusive, por la vía administrativa como una infracción en materia de derechos de autor⁴⁵¹.

De esta forma, si almacenamos (reproducimos) temporalmente una obra al navegar por Internet o visualizarla en pantalla, sin fines lucrativos, aun así estaríamos violando el derecho de explotación; máxime que la LFDA no contempla expresamente una restricción que otorgue licitud a esa conducta^{452, 453}. Cosa diferente podría resultar si dejamos a un lado la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación⁴⁵⁴.

En fin, de lo señalado en el presente apartado y en el previo, podemos concluir que, conforme a nuestra LFDA, la calificación jurídica de la transmisión de obras en Internet es la de un acto complejo de comunicación pública y reproducción, como sucede en el grueso de la legislación comparada. Y por tanto, las transmisiones de obras en línea están sujetas tanto a la facultad de comunicación pública, como a la de reproducción.

(primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, p. 10.

Inclusive, la situación es la misma en los países del *copyright*, como EUA: “The public appears to believe that copyright law incorporates a distinction between commercial and noncommercial behavior (...) that has never, ever been the rule”. Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 213, p. 180.

En general, remitimos a lo dicho en el apartado 5.2 del capítulo segundo de la presente investigación.

⁴⁴⁸ A. 231 de la LFDA.

⁴⁴⁹ AA. 424, fr. III, y 424 Bis, fr. I, del Código Penal Federal.

En el mismo tenor, aunque con referencia a la legislación argentina, Cabanellas y Palazzi indican: “Las normas penales tienden a aplicarse sólo si existe fin de lucro, pero este requisito no se utiliza generalmente a fin de determinar la responsabilidad civil”. Cabanellas, Guillermo, y Palazzi, Pablo, “Derecho de Internet en Argentina” en Montes de Oca, Ángel (coord.), *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Heliasta, 2004, p. 49

⁴⁵⁰ *Cfr.* los aa. 213, 217 y 219 de la LFDA, y los aa. 137 y 138 del Reglamento de la LFDA (aunque hay un desafortunado criterio aislado de la Primera Sala de la SCJN, que ignora el contenido de todas esas disposiciones y sujeta la posibilidad de reclamar responsabilidad civil a la existencia previa y firmemente declarada de una infracción administrativa en materia de comercio).

⁴⁵¹ El a. 229, fr. XIV de la LFDA sanciona como infracción en materia de derechos de autor, las demás violaciones que se deriven de la interpretación de esa ley y de sus reglamentos.

No está de más recordar aquí que las infracciones en materia de derechos de autor son sancionadas por el INDA, mientras que las infracciones en materia de comercio previstas en la propia LFDA son sancionadas por el IMPI.

⁴⁵² En el mismo sentido, *cfr.* la opinión de Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2010, pp. 33 y 34.

⁴⁵³ Como dato, el 2 de abril de 2009, el grupo parlamentario del PRD presentó en la Cámara de Senadores una iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet, que incluye restricciones al derecho de explotación respecto a las reproducciones temporales en los siguientes términos:

“Artículo 39.- De conformidad con lo establecido por el Título VI, Capítulo II de la Ley Federal del Derecho de Autor, además de las limitaciones establecidas en dicha disposición se establecen las siguientes para el caso de obras digitales:

I.- La reproducción y almacenamiento de las obras digitales que se encuentren disponibles a través de Internet en la memoria temporal del equipo que se utilice para acceder a las mismas”.

⁴⁵⁴ Sobre esto, *vid. infra* el apartado 6.

3.5.3. Internet y las restricciones al derecho de explotación.

En materia de restricciones al derecho de explotación, el texto del TODA se limita a señalar que la regla de los tres pasos es aplicable a toda restricción que quiera formular un país.

De esta forma, no había mayor cosa que implementar del a. 10 del TODA, sino que, más bien, se trata de una disposición que debe tenerse presente y ha de ser observada por cada Estado al momento de restringir alguna de las facultades del derecho de explotación.

En ese sentido, sin analizar a detalle cada una de las restricciones previstas en la LFDA, podemos afirmar que aparentemente las mismas cumplen con lo exigido por la regla de los tres pasos. E incluso, el propio texto del a. 148 de nuestra ley autoral incorpora el segundo paso de esa regla, al exigir que no se atente contra la explotación normal de la obra⁴⁵⁵.

Asimismo, la declaración concertada al a. 10 del TODA, establece la posibilidad de crear nuevas restricciones particulares para el uso de obras en Internet, así como de aplicar las restricciones preexistentes a Internet.

Nuestra LFDA no incorpora ninguna de estas nuevas “restricciones Internet”. En particular, no establece la restricción relativa a las reproducciones temporales (la cual, ya vimos, es obligatoria en la Unión Europea), como tampoco hace referencia expresa a la copia privada digital.

Por lo que hace a la aplicación de las restricciones tradicionales previstas en la LFDA al contexto de Internet⁴⁵⁶, puede concluirse que varias de ellas son de la mayor relevancia, por ejemplo: el derecho de cita (a. 148, fr. I y III), *i.e.* para usar fragmentos de obras en un sitio web o en una obra propia que se digitalice y se transmita por Internet; o la reproducción para ilustrar acontecimientos de actualidad (a. 148, fr. II), por ejemplo, para usarse en versiones en línea de periódicos o en portales informativos.

El problema de esas restricciones, es que la redacción con la que están formuladas sólo se refiere a la reproducción de obras, más no a la comunicación pública; y como ya vimos, las transmisiones en Internet son controladas tanto por la facultad de reproducción como por la de comunicación pública. De manera que si aplicamos la interpretación restrictiva y estricta propia de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación⁴⁵⁷, llegaremos a la conclusión de que las referidas restricciones sólo hacen lícita la reproducción de la obra, más no así su comunicación pública, por lo que la transmisión no autorizada en Internet seguiría siendo ilícita por violar la facultad de comunicación pública, a pesar de la restricción a la facultad de reproducción.

Esto nos demuestra un punto muy importante: *la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación representa un obstáculo para la aplicación de las restricciones en Internet* (y por ende, es traba para un ambiente equilibrado de uso de obras en la red y para la satisfacción de todos los derechos fundamentales involucrados). Si bien no es el único obstáculo, ni es insalvable (una reforma legal puede solucionarlo), hay que dejarlo apuntado desde ahora.

⁴⁵⁵ En general, sobre la incorporación de la regla de los tres pasos en la LFDA y las restricciones al derecho de explotación previstas en esa ley, *cfr.* los apartados 6.5 y 8 del capítulo cuarto de esta obra.

⁴⁵⁶ En relación con el a. 148 de la ley, indica Morales Montes: “Estas excepciones, concebidas en principio para el sistema analógico, deben analizarse para determinar si procede su aplicación o no en el entorno digital”. Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 431, p. 29.

De la misma forma, López Maza afirma: “Los legisladores y especialistas parecen ponerse de acuerdo en el hecho de que las limitaciones aplicables al contexto analógico no deben trasladarse automáticamente al entorno digital”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 5.

⁴⁵⁷ Sobre la misma, *vid.* el apartado 7 del capítulo cuarto de la presente investigación.

En cambio, la aplicación a Internet de la restricción prevista en el a. 148, fr. VII de la LFDA, no presenta mayor problema pues su texto⁴⁵⁸ restringe expresamente tanto a la facultad de reproducción como a la de comunicación pública.

Otra restricción que se vuelve muy importante en el contexto digital es la copia privada (a. 148, fr. IV), la cual, en principio, es también aplicable a Internet. Empero, dada la redacción de la LFDA, dicha aplicación presenta algunos problemas.

En primer lugar, la disposición normativa sólo permite la copia privada por una sola vez, mientras que en Internet son varias las reproducciones temporales que se generan para poder visualizar y/o escuchar una obra. En segundo lugar, el texto normativo habla de un solo ejemplar, lo que plantea un doble problema: la palabra “ejemplar” no es la más adecuada para las reproducciones en línea (donde no se generan ejemplares físicos, a la usanza tradicional), y sólo se permite que el “ejemplar” sea uno (cuando ya vimos que en Internet las reproducciones son múltiples).

Por otro lado, como se trasluce de la declaración concertada al a. 10 del TODA, no debe procederse en automático a aplicar al entorno digital una restricción al derecho de explotación formulada para el ámbito analógico. De ahí la distinción que se ha hecho entre copia privada analógica y *copia privada digital*⁴⁵⁹, ya que esta última presenta características propias.

Efectivamente, aunque en los albores de la tecnología digital la reproducción era costosa y escasa, en la actualidad es fácil, rápido y barato hacer copias privadas digitales, lo que afecta los intereses económicos de los titulares de derechos; en especial porque la calidad de la copia obtenida es idéntica, lo que se traduce en una diferencia básica entre la copia privada analógica y la copia privada digital: en la primera el incremento es lineal (pues es imposible la realización de un número ilimitado de copias, por las mermas en la calidad en cada generación subsecuente) y en la segunda es de carácter exponencial (no hay límites a la posibilidad de reproducir y no hay pérdida de calidad)⁴⁶⁰.

De ahí que haya quien estime que la copia privada no deba aplicarse en el ámbito digital, o al menos, no con el mismo alcance que en el entorno analógico⁴⁶¹. Empero, como ya vimos, las políticas adoptadas en diversos países se dividen en dos opciones: el no permitir la libre copia privada digital (y someterla al *ius prohibendi* del derecho de explotación) o contemplar la copia privada digital como una restricción al derecho de explotación pero acompañándola forzosamente de un derecho de simple remuneración⁴⁶². En cualquiera de ambos casos, la tendencia es, como nos ilustra De Miguel, a limitar la copia privada en el ámbito digital⁴⁶³.

⁴⁵⁸ “Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos”.

⁴⁵⁹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 248 y ss.

⁴⁶⁰ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 101, pp. 367 y 370; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, pp. 35 y 180.

⁴⁶¹ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 481.

⁴⁶² A nuestro entender, esta segunda opción es a más deseable y equilibrada.

De hecho, Jason Young estima que una de las razones por la que en Canadá el *copyright* y su tensión con el derecho a la información es menor que en los EUA (y por ende, no tan polémica en la doctrina canadiense) es debido al derecho de remuneración por copia privada. *Cfr.* Young, Jason M., “Constitutional rights and new technologies in Canada” en De Hert, Paul, Koops, Bert-Jaap, y Leenes, Ronald (coords.), *Constitutional rights and new technologies. A comparative study*, La Haya, Asser Press, 2008, pp. 86 y 87.

⁴⁶³ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 274 y 275 (quien ilustra esta tendencia con jurisprudencia alemana).

Asimismo, *vid.* Gross, Robin, “Intellectual property rights and the information commons” en Frank Jørgensen, Rikke (coord.), *Human rights in the global information society*, EUA, MIT, 2006, p. 111.

No es difícil constatar lo complicado de la situación de la copia privada digital en nuestra LFDA, pues además de que el derecho de remuneración por copia privada sigue sin existir en nuestro derecho (y en nuestro foro todavía no se comprende esta figura), ya vimos los problemas que plantea la aplicación a Internet del a. 148, fr. IV, de la ley.

En conclusión: la LFDA no da una respuesta adecuada al tema de las restricciones al derecho de explotación en Internet.

3.5.4. Internet y las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.

Este es el punto donde peor implementación ha tenido el TODA en nuestro país, lo que se puede considerar como una violación a esa normativa internacional.

Aparentemente, el a. 11 del TODA trató de ser implementado en nuestro derecho, en primer lugar, a través del a. 112 de la LDFA, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 112.- Queda prohibida la importación, fabricación (sic), distribución y utilización de aparatos o la prestación de servicios destinados a eliminar la protección técnica de los programas de cómputo, de las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y de los programas de elementos electrónicos señalados en el artículo anterior.

Son varios los comentarios que merece esta disposición. De entrada, las formas de elusión de medidas tecnológicas de protección son: (a) la fabricación o puesta a disposición de aparatos de elusión, (b) la utilización de esos aparatos de elusión, y (c) la prestación de servicios de elusión. Por tanto, no está prohibida la realización de la elusión por uno mismo (sin la intervención de aparatos⁴⁶⁴ o de prestadores de servicios).

En segundo lugar, el a. 112 de la LFDA no distingue, como sí lo hace el a. 11 del TODA, entre elusiones para violar derechos de autor y elusiones que no violen esos derechos. Ya vimos que el TODA no busca que se sancione la elusión de medidas tecnológicas cuando se vayan a realizar actos lícitos⁴⁶⁵ (como el utilizar obras del dominio público o al amparo de una restricción al derecho de explotación); no obstante, el a. 112 de la LFDA prohíbe, en general, ciertos actos de elusión, sin importar si el propósito de esa elusión es violar derechos de autor o usar lícitamente la obra.

Esto nos deja en una situación similar a la que se ha criticado en EUA y en la Unión Europea: que a pesar de que alguien pueda acceder lícitamente a una obra o realizar cierto uso de ella, se le prohíba eludir una medida tecnológica de protección para tal fin. Por ejemplo, aunque imprimir una obra para uso personal es una conducta lícita, sería ilegal eludir la medida anticopia para hacer esa reproducción.

Cuestión que nos genera un serio problema: el a. 112 de la LFDA choca en cierta medida con las restricciones al derecho de explotación⁴⁶⁶, y, por ende, afecta los

⁴⁶⁴ No queda del todo claro si el término “aparato” incluye al *software*. Si se interpreta que aparato sólo es sinónimo de *hardware*, el resultado sería que no estaría prohibido utilizar un programa de cómputo para eludir una medida tecnológica de protección (aunque una interpretación de este tipo parece estar en contra del ánimo que inspira esta disposición, de manera que el texto normativo no es muy afortunado).

Desde luego, cualquier elusión que haga un usuario por sí mismo (sin valerse de un *software* o un *hardware*) no estaría prohibida por la disposición en comento.

⁴⁶⁵ Vid. Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 548.

⁴⁶⁶ De hecho, la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, advierte que en la LFDA mexicana no hay disposición o mecanismo para evitar que las normas sobre la elusión de medidas tecnológicas de protección afecten las restricciones al derecho de explotación. Cfr. “Estudio sobre...”, *cit.*, nota 427, p. 544.

derechos fundamentales que dan sustento a esas restricciones⁴⁶⁷. Esto es algo bastante serio, y que nos hace sospechar que, dada su extensión, el a. 112 de la ley autoral es inconstitucional, por afectar *desproporcionadamente* diversos derechos fundamentales, como el derecho a la cultura o el derecho a la información.

En particular, es muy probable que el a. 112 viole el subprincipio de *idoneidad*, ya que, frente al derecho a la información o al derecho a la educación, no parece existir un bien constitucionalmente protegido que reclame que no se eludan medidas tecnológicas para acceder o usar obras en los términos que la propia ley permite⁴⁶⁸.

Desde luego, al no existir norma expresa que, como en la Unión Europea, diga que las medidas tecnológicas de protección prevalecen por sobre las restricciones al derecho de explotación⁴⁶⁹, la cuestión puede resolverse mediante una *interpretación conforme* de la LFDA, para determinar que, cuando alguien eluda una medida tecnológica de protección en ejercicio de un derecho fundamental amparado por una restricción del derecho de explotación (y por ende, legalmente fuera del ámbito tutelar de los derechos de autor), no se está violando el a. 112 de la ley. Esto en virtud de la norma básica de derecho civil de que no puede considerarse ilícito el ejercicio de un derecho (máxime cuando es un derecho fundamental), y en virtud de que si la conducta está amparada por una restricción al derecho de explotación, el legislador ya hizo previamente una *ponderación* y determinó que en esos casos prevalecen los intereses de los usuarios sobre los intereses de los autores o titulares de derechos.

En tercer lugar, la mayoría de la doctrina ha interpretado el a. 112 de la LFDA en el sentido de que sólo está prohibida la elusión de medidas tecnológicas de protección aplicadas para proteger programas de cómputo, sin existir tal prohibición respecto de otro tipo obras⁴⁷⁰. Seguramente, esa interpretación encuentra sustento, entre otros factores⁴⁷¹, en la complicada redacción del a. 112.

Sin embargo, una lectura más minuciosa nos hace, al menos, cuestionarnos esa interpretación. Esto en virtud de que el texto del a. 112 establece que se prohíbe la eliminación de la protección técnica de:

- Los programas de cómputo;
- Las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones; y
- Los programas de elementos electrónicos señalados en el a. 111^{472, 473}.

⁴⁶⁷ Sobre esta cuestión, remitimos a los apartados 1.1 y 10 del capítulo cuarto de este trabajo.

⁴⁶⁸ *Cfr.* el apartado 5 del capítulo primero de la presente investigación, sobre la prueba de proporcionalidad y sus subprincipios.

⁴⁶⁹ *Vid.* el a. 6.4 de la Directiva de la Sociedad de la Información, así como su explicación *supra* en el apartado 3.4.2 del presente capítulo.

⁴⁷⁰ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 426, p. 24; y Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 130 (para quien el espíritu del legislador fue proteger “la industria transnacional de cómputo”).

⁴⁷¹ Es posible que incida el hecho de que sólo se sanciona como delito e infracción en materia de comercio la elusión de medidas protectoras de *software*, así como que el a. 112 está dentro del capítulo de la ley que protege los programas de cómputo y las bases de datos (lo que también plantearía la cuestión de por qué, entonces, no se tutelan las medidas tecnológicas de protección relativas a bases de datos, y no sólo las que protegen *software*).

⁴⁷² El a. 111 de la LFDA prescribe: “Los programas efectuados electrónicamente que contengan elementos visuales, sonoros, tridimensionales o animados quedan protegidos por esta Ley en los elementos primigenios que contengan”.

A pesar de lo críptico de este artículo, aparentemente se está refiriendo a los videojuegos y a las obras multimedia.

⁴⁷³ Una interpretación similar del a. 112, puede encontrarse en Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 172.

En particular nos interesa el segundo caso, en donde se prohíbe eludir medidas tecnológicas de protección respecto de señales de radiodifusión o de *otro tipo de transmisiones vía telecomunicaciones* (este es el caso de las señales de televisión codificadas, por ejemplo). En tal tenor, debemos recordar que Internet es un medio de telecomunicación, y que por tanto, en términos del propio a. 112, no pueden eludirse medidas tecnológicas que protejan transmisiones por Internet. Así, sería ilícito desactivar una medida anticopia para imprimir una obra literaria disponible en Internet para su lectura sólo en pantalla, como también sería ilícito “romper” el sobre digital con el que se impide el acceso a una obra musical, por sólo mencionar un par de ejemplos⁴⁷⁴.

En cambio, con excepción de programas de cómputo y obras multimedia, el a. 112 no daría cobertura a las medidas tecnológicas de protección aplicadas a obras que, aunque estén en formato digital, no se transmitan en línea, como por ejemplo, obras musicales contenidas en discos compactos (CD), obras literarias en CD-ROM, u obras audiovisuales en DVD o Blu Ray⁴⁷⁵.

De cualquier forma, el texto del a. 112 de la LFDA, dada su deficiente redacción que puede llevar a diversas interpretaciones, parece no aprobar o cumplir con el requisito de protección *adecuada* que exige el a. 11 del TODA, debido a que el problemático texto del a. 112 dificulta su mera atribución de significado y, por ende, su aplicación. Amén de que, como afirma Heather Sapp⁴⁷⁶, el a. 112 no cubre todos los tipos de elusión de medidas tecnológicas que requiere el tratado de la OMPI.

En fin, el a. 112 no distingue entre medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras y las que controlan el uso, sino que se refiere en términos generales a la “protección técnica”, pero se colige fácilmente que eludir una medida que impida el *acceso* a una obra transmitida por Internet implicaría una violación a la norma. Por consiguiente, en nuestro régimen jurídico hay elementos para hablar del mentado “derecho de acceso” que se ha ido configurando en otras latitudes.

Ahora bien, la razón por la que el a. 112 de la LFDA no implementa a cabalidad las obligaciones contempladas en el a. 11 del TODA es, según explica Luis Schmidt, que el a. 112 se aprobó antes de que en la conferencia diplomática de Ginebra se acordara el texto definitivo del a. 11 del TODA⁴⁷⁷.

Eso es cierto (dado que el legislador mexicano se anticipó a los resultados de la conferencia diplomática). De hecho el texto del a. 112 de la LFDA es más acorde con el a. 1707 del TLCAN⁴⁷⁸, cuyo texto se aprecia a continuación:

⁴⁷⁴ El propio a. 112 nos plantea otros problemas adicionales, como el determinar quién tendría interés jurídico para reclamar la elusión a la medida tecnológica: ¿el titular del derecho de explotación de autor sobre la obra transmitida?, ¿el organismo encargado de la transmisión con base a su derecho conexo del a. 144 de la ley? o ¿ambos?

⁴⁷⁵ Aunque este último caso es más dudoso, pues podría argumentarse que un DVD o un Blu Ray implican una verdadera obra multimedia (a. 111 de la LFDA), en tanto contienen un interfase (menú de inicio) y diversos contenidos adicionales a la película.

⁴⁷⁶ Sapp, Heather A., “North-American anti-circumvention: implementation of the WIPO Internet treaties in the United States, Mexico and Canada”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. X, 2005, p. 25.

⁴⁷⁷ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 426, p. 24.

En el mismo sentido, Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 476, p. 26 (quien, además, critica que la LFDA no se haya actualizado en reformas posteriores para adecuarse a las obligaciones internacionales).

⁴⁷⁸ Esta disposición internacional es también implementada en la LFDA en su a. 145, el cual, con una redacción más propia de un tipo penal, establece la acción civil que le corresponde a los organismos de radiodifusión frente a la elusión de medidas tecnológicas de protección de sus transmisiones.

Artículo 1707. Protección de señales de satélite codificadas portadoras de programas.

Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de este Tratado, cada una de las Partes deberá:

(a) tipificar como delito la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y

(b) establecer como ilícito civil la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite codificada portadora de programas, que ha sido descodificada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, o la participación en cualquier actividad prohibida conforme al inciso (a).

Cada una de las Partes dispondrá que cualquier persona que posea un interés en el contenido de esa señal pueda ejercer acción respecto de cualquier ilícito civil establecido conforme al inciso (b).

De ahí que resulte comprensible la referencia expresa que hace el a. 112 de la LFDA a las medidas tecnológicas de protección “de las transmisiones a través del espectro electromagnético”, entre otras. Lo criticable es que, hasta la fecha, nuestro legislador no toma en cuenta la disposición del TODA.

Por otra parte, y dejando a un lado el a. 112 de la LFDA, hay que apuntar que el a. 11 del TODA es también implementado a través del a. 231, fr. V de la LFDA, el cual señala:

Artículo 231.- Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

(...)

V.- Importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación;

Se aprecia que, aunque el a. 112 de la LFDA contempla varias actividades de elusión de medidas tecnológicas que están prohibidas, no todas esas conductas se sancionan por la vía de las infracciones en materia de comercio. De entrada, las conductas prohibidas que no tengan una finalidad lucrativa (por ejemplo, prestarle a un amigo un aparato para eludir medidas), no merecerán multa por parte del IMPI.

Lo anterior en virtud de que el a. 231 de la LFDA sólo sanciona conductas que tengan un propósito lucrativo⁴⁷⁹.

Asimismo, sólo se sancionan como infracción administrativa por el a. 231 de la ley, las conductas relativas a “dispositivos o sistemas” de elusión, es decir, incluye tanto la elusión con *software* (sistemas) como la elusión con *hardware* (dispositivos), siendo esto más claro que la mención a los “aparatos” que hace el a. 112.

En cambio, mientras el a. 112 de la LFDA prohíbe la prestación de servicios de elusión de medidas tecnológicas, el a. 231 no sanciona administrativamente esa prestación de servicios, sólo el lucrar con dispositivos y sistemas de elusión⁴⁸⁰.

De igual forma, llama la atención que el artículo en glosa sólo sanciona los llamados *actos preparatorios*, más no la elusión propiamente dicha de las medidas tecnológicas de protección. Es decir, no es infracción en materia de comercio, el acto de eludir alguna medida tecnológica de protección de un programa de cómputo.

También resulta muy destacable que, ahora sí, el a. 231, fr. V, sólo sanciona la elusión de las medidas tecnológicas de protección a programas de cómputo, y no las

⁴⁷⁹ Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 197.

⁴⁸⁰ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 174.

relativas al resto de las obras⁴⁸¹ (ni siquiera se mencionan las obras transmitidas por redes de telecomunicaciones).

Por lo tanto, se concluye que no todas las conductas de elusión prohibidas por el a. 112 de la LFDA se encuentran tipificadas como infracciones en materia de comercio. Desde luego, cabría la posibilidad de encuadrar esas conductas como una infracción en materia de derechos de autor mediante la invocación de la ya referida fr. XIV del a. 229 de la ley (aunque reiteramos la dudosa constitucionalidad de la norma ahí contenida).

Otra disposición que implementa el a. 12 del TODA, es el a. 424 Bis, fr. II, del Código Penal Federal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 424 Bis.- Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:
(...)

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

Como se aprecia, las conductas sancionadas penalmente son todavía menos que las castigadas por la vía administrativa, pues además de reiterarse la necesidad de finalidad lucrativa, sólo es punible la fabricación de sistemas o dispositivos de elusión de medidas tecnológicas de protección (sin que sean sancionables otras conductas como su venta o arrendamiento), más no así la prestación de servicios, ni los actos de elusión por sí mismos; además de que las medidas electrónicas deben proteger un *software*, sin que la elusión de medidas protectoras de otro tipo de obras pueda tener un cauce penal⁴⁸².

Ahora bien, ¿qué recursos jurídicos quedan en relación a las conductas prohibidas por el a. 112 de la LFDA, pero que no están tipificados como delito o infracción administrativa? La respuesta lógica son las acciones civiles, pues parece claro que el legislador quiso reservar a esta vía no punitiva la reclamación por la mayoría de los actos de elusión de medidas, dejando al derecho sancionador (penal y administrativo) sólo los actos preparatorios que juzgó más graves. Empero, la Primera Sala de la SCJN, con un profundo desconocimiento de la materia e ignorando normas expresas, emitió una tesis aislada en la que dice que no es viable intentar una acción civil derivada de la LFDA, si antes no hay condena firme en la vía administrativa⁴⁸³. Con la aplicación de ese criterio (no vinculante, por cierto), se haría prácticamente imposible la persecución de la mayoría de las conductas prohibidas por el a. 112 de la ley autoral.

De la revisión de las normas analizadas, podemos constatar que nuestro país no ha implementado adecuadamente el TODA, además de que es muy discutible que los recursos previstos en la LFDA cumplan con el requisito de efectividad contenido en el acuerdo internacional⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 470, p. 190; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 479, p. 187; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 174.

⁴⁸² En general, *cfr.* Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, pp. 174 y 175 (quien además encuentra que la expresión “desactivar” utilizado por el Código Penal es más limitada que “eludir”, pues desactivar es eliminar permanentemente, mientras que eludir es sortear o evitar la medida); y Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 476, p. 26.

⁴⁸³ *Cfr.* “DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 47.

⁴⁸⁴ La mayoría de la doctrina considera que México está incumpliendo el TODA en esta materia. *Cfr.*, por ejemplo, Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 476, p. 23; y Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 157, p. 175.

Si la implementación del TODA respecto a las medidas tecnológicas de protección no es la más adecuada en nuestro país, peor es la situación respecto de la información sobre gestión de derechos, pues aquí nuestra legislación no hace mención alguna a esta cuestión, lo que significa que el a. 12 del TODA sigue sin implementarse en México.

3.5.5. Aumento de la duración del plazo de protección del derecho de explotación y balance sobre la situación de las industrias culturales en México.

Al igual que en la Unión Europea y en los EUA, México ha aumentado la duración del derecho de explotación⁴⁸⁵; sin embargo, como veremos a continuación, las razones para hacerlo fueron diferentes.

El texto original del a. 29 de la LFDA⁴⁸⁶ señalaba que los derechos de explotación, como regla general, duraban toda la vida de autor y 75 años después de su muerte; pero con las reformas de 2003 a ese artículo⁴⁸⁷ se aumentó en 25 años la duración, quedando ahora el plazo en toda la vida del autor y 100 años *post mortem auctoris*.

Tal situación no es de extrañar, ya que la tendencia en Latinoamérica ha sido incrementar los plazos de protección⁴⁸⁸, como sucede en el resto del mundo. En este sentido, la ley mexicana no es una anomalía⁴⁸⁹.

En realidad, lo llamativo es que México es el país en donde más duran los derechos de explotación, no sólo en la América Latina⁴⁹⁰, sino en todo el mundo⁴⁹¹. Mientras que en la amplia mayoría de países la duración del derecho de explotación llega hasta los 50 años *post mortem auctoris* (que es el mínimo exigido por el Convenio de Berna), y que en la generalidad de los países con economías más sólidas se contempla un plazo *post mortem auctoris* de 70 años (como los EUA y los países de la Europa comunitaria), sólo unos pocos estados contemplan un plazo mayor, como Guinea y Colombia (80 años *post mortem auctoris*) y Costa de Marfil (99 años *post mortem auctoris*). En este sentido, México está claramente fuera de la situación imperante en la legislación comparada, pues duplica la media mundial de 50 años *post mortem auctoris*, y excede por 30 años la protección concedida en países altamente protectores, como los EUA y los miembros de la Unión Europea⁴⁹².

Si la tendencia a aumentar la duración al derecho de explotación es criticable en los países que han impulsado esta política, más desafortunada resulta la situación de México, que es el más extremista entre los extremistas.

Empero, mientras que en los EUA y la Unión Europea el aumento en la duración del derecho de explotación se debió a las fuertes presiones de los grandes empresarios

⁴⁸⁵ Sobre esta tendencia de aumentar los plazos, *cf.* Braegelmann, Tom, *op. cit.*, nota 282, p. 116.

⁴⁸⁶ DOF de 24 de diciembre de 1996.

⁴⁸⁷ Publicadas en el DOF el 23 de julio de 2003.

⁴⁸⁸ Gómez Madrigal, Laura Sofía, y Prado López, Ángel Fernando, "América Latina: duración del derecho patrimonial de autor", *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 24.

⁴⁸⁹ Sin embargo, Jalife indica que es insoslayable cuestionarnos si vigencias tan prolongadas están justificadas. *Vid.* Jalife Daher, Mauricio, "Tiempo de revisión al derecho de autor", *El Financiero*, México, 12 de mayo de 2010, p. 23.

⁴⁹⁰ Caballero Leal, José Luis, "Breve comentario a la reforma realizada a la Ley Federal del Derecho de Autor en México", http://www.iidautor.org/documents/doctrina/caballero_leal.pdf, septiembre de 2009, p. 4; y Gómez Madrigal, Laura Sofía, y Prado López, Ángel Fernando, p. 24.

⁴⁹¹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 277, p. 106; y Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 452, p. 21.

⁴⁹² De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 277, pp. 105 y 106.

(principalmente de las industrias musical y audiovisual), los cambios legislativos en México no obedecieron a los mismos intereses.

En efecto, según se desprende de la documentación parlamentaria de las reformas de 2003 a la LFDA, el texto original de la iniciativa elaborada por la Cámara de Diputados no contemplaba el aumento del plazo del derecho de explotación. Sin embargo, cuando el Senado dictaminó la iniciativa, decidió hacer algunas modificaciones, entre ellas, el aumento de los derechos de explotación de 75 a 100 años *post mortem auctoris*, alegando principalmente que “el llamado ‘Catálogo de Oro’ de la música mexicana, está a punto de pasar al régimen de dominio público”⁴⁹³. Adición que fue votada favorablemente en ambas cámaras.

Así, el principal impulsor de la reforma fue la entonces Sociedad Autores y Compositores de Música, S.G.C. de I.P.⁴⁹⁴, hoy llamada, presuntamente, Sociedad de Autores y Compositores *de México*⁴⁹⁵. Es decir, quien cabildeó no fueron las industrias culturales, sino la representación de los autores musicales; aunque desde luego, no son los creadores quienes reciben el beneficio de ese aumento en el número de años *post mortem auctoris*, sino sus sucesores por causa de muerte y la propia sociedad de gestión colectiva.

Además, cabe destacar que, a pesar de las reformas, y a diferencia de los EUA y la Unión Europea, en México no se ha producido el fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales, pues las reformas legales no han seguido una política clara hacia ese propósito (sino que más bien han sido aisladas, asistemáticas, erráticas y coyunturales), y el desempeño de las autoridades administrativas y judiciales (en ese orden) ha dejado mucho que desear. Más bien, la inobservancia de los derechos de autor en México es un preocupante fenómeno que cada vez aumenta más en el país.

Por lo tanto, podemos concluir que en México no ha existido una política pública sobre el uso de obras en Internet, y mucho menos que se haya creado el fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales como consecuencia del rumbo reciente de la legislación autoral.

3.6. Excursus: La regulación de los derechos de autor en Internet como deber iusfundamental del Estado.

En los apartados previos ya vimos que Internet es un fenómeno que puede y debe regularse, y que, concretamente en materia de derechos de autor, se ha desarrollado un marco jurídico sobre el particular.

⁴⁹³ Cfr. el dictamen de las comisiones unidas de educación y cultura, turismo, y estudios legislativos, de 12 de diciembre de 2002.

Otro argumento que se expresó en ese documento, es la manida concepción de una supuesta “competencia desleal” entre autores vivos y autores muertos. Sin profundizar sobre el particular, cabe apuntar que no hay competencia desleal en el sentido jurídico del término, pues los autores muertos no obtienen beneficios económicos a costa de los autores vivos; de hecho, al estar muertos, los autores fallecidos no pueden “actuar contra los usos honestos” en materia comercial.

⁴⁹⁴ Schmidt, Luis, “One little word”, *Copyright world*, febrero de 2004, p. 15.

En este sentido, Caballero señala sin ambages que en esta reforma prevalecieron, casi exclusivamente, los intereses de los autores musicales. Cfr. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 490, p. 1.

⁴⁹⁵ Y decimos presuntamente, pues no es la única sociedad de autores en nuestro país, y sin embargo, su denominación parece indicarnos que es *la* sociedad de los autores mexicanos (cuando en realidad sólo agrupa a creadores de obras musicales y sus sucesores, más no a autores de otro tipo de obras).

Ahora nos detendremos brevemente para destacar que, independientemente de lo anterior, el Estado tiene un deber iusfundamental de proteger los derechos de los autores en Internet. Veamos.

Como ya señalamos en el capítulo tercero de la presente investigación (particularmente en los apartados 5.6 y 6), existe un derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, por virtud del cual se debe proteger, entre otras cosas, los intereses materiales de los autores; es decir, el Estado debe velar porque estas personas se beneficien económicamente de sus creaciones.

Dicha prerrogativa, como derecho fundamental que es, está fuera de la esfera de lo decidible⁴⁹⁶, por lo que los estados no pueden decidir que no se proteja a los autores en Internet, por existir un coto vedado derivado del mencionado derecho fundamental⁴⁹⁷.

Inclusive, al haber un mandato de optimización sobre el particular⁴⁹⁸, los estados no pueden ignorar el fenómeno de la utilización de obras en Internet, sino que, más bien, deben buscar la forma de utilizar ese medio de comunicación para beneficiar, *en la mayor medida de lo posible*, a los autores.

Así, no cabe duda que el Estado debe intervenir para proteger los derechos de los autores en Internet. El problema que se genera es el del alcance de esa protección, pues no deben dejarse a un lado otros valores presentes en Internet como la circulación de información y cultura.

Se trata, pues, de encontrar un equilibrio entre la protección a los autores y los valores o intereses que, en ciertas circunstancias, se llegan a contraponer. Empero, esto no es una peculiaridad de Internet, sino es el eterno debate que ha existido en materia de derechos de autor⁴⁹⁹, como podrá constatar el lector en los capítulos segundo y cuarto de la presente investigación.

La verdadera novedad, ahora, es el medio de comunicación que nos ha planteado el debate; lo nuevo no es el tema en sí, sino la tecnología que nos remite otra vez a la añeja discusión. En el presente capítulo, hacemos nuestra aportación sobre tal problemática.

Empero, y como se ha podido constatar en los párrafos previos, los estados están cumpliendo su deber iusfundamental de proteger a los autores en Internet, aunque sólo parcialmente, pues parece ser que se les está pasando un poco la mano al aumentar la protección de los derechos de explotación a niveles excesivos, y además, con un enfoque más pensado para las industrias culturales que para los autores mismos.

Así, y como desarrollamos más adelante, los derechos fundamentales exigen, por un lado, que no se soslaye la protección de los autores en Internet, pero por otro lado, también exigen que tal protección, a pesar de ser un mandato de optimización, no sea a tal grado excesiva, que afecte severamente otros derechos fundamentales.

⁴⁹⁶ *Vid.* el apartado 2.2 del capítulo primero, y el apartado 6.3 del capítulo tercero, ambos del presente trabajo.

⁴⁹⁷ Si bien pudiera argumentarse que los ingresos que reciban los autores por el uso de sus obras fuera de la Internet pudieran ser más que suficientes para proporcionarles un nivel digno de vida (mínimo establecido por el PIDESC, según la observación general 17 del Comité DESC), la verdad es que la tendencia en materia de comunicaciones –incluyendo el fenómeno de la convergencia– está llevando a que Internet se convierta en un medio privilegiado para la explotación de obras, por lo que sería un despropósito no repercutirle a los autores los ingresos que genere una de las principales ventanas de utilización de sus creaciones.

⁴⁹⁸ Sobre los mandatos de optimización que se desprenden de los derechos fundamentales, *vid. supra* el apartado 3.1 del capítulo primero de esta investigación.

⁴⁹⁹ “The copyright regime traditionally strikes a delicate balance between the interests of authors and other rights holders in the control and exploitation of their writings on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information and commerce on the other hand”. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 1.

4.- La respuesta crítica y la polarización del debate.

A veces los fenómenos sociales dan la impresión de obedecer las leyes de las ciencias naturales. En este caso así parece ser, pues la regla física de que a toda acción corresponde una reacción de la misma intensidad, se está cumpliendo en cuanto a la temática de los derechos de autor.

Efectivamente, ya constatamos el fenómeno del fortalecimiento excesivo de los derechos de explotación (y el debilitamiento de la figura de las restricciones a estos derechos); y ante esa situación, se ha producido una contra respuesta muy fuerte en sentido contrario (radical en algunos sectores)⁵⁰⁰.

La consecuencia ha sido la *polarización del debate*⁵⁰¹. Prácticamente, desde la aparición del derecho de autor moderno, nunca se había dado una discusión tan ríspida y radicalizada como la que impera en la actualidad, nunca los derechos de autor habían sido víctimas de un ataque tan duro.

Esto se traduce en una maniquea visión de dos bandos confrontados en lo que algunos llaman las “guerras del derecho de autor o del *copyright*”⁵⁰²: los que están contra los derechos de autor y aquellos que defienden esos derechos. ¿Quiénes son los buenos y quiénes son los malos? Eso dependerá de la postura de cada persona; para unos, los “buenos” son quienes defienden los derechos de autor, mientras que para otros, esos serían los “villanos”.

Por ejemplo, Raymond Nimmer confronta a quienes se oponen a la propiedad intelectual (a los que llama “*rights restrictors*”) con todos los demás⁵⁰³. Mientras que Goldstein, en forma timorata, divide a las posturas en dos: los “optimistas” del *copyright* (que ven el vaso medio vacío, y por lo tanto, buscan más protección) y los “pesimistas” del *copyright* (que ven el vaso medio lleno, por lo que buscan menor

⁵⁰⁰ Sobre lo anterior, es muy claro el resumen que hace Von Lewinski: “it has become very popular and, in academic circles, mainstream opinion that copyright protection would be too far reaching, would hinder free access to information and should be more restricted or, as some might wish, even be abolished. Terms such as ‘copywrong’ or ‘copyleft’ have been used by enthusiastic opponents of copyright”. Von Lewinski, Silke, “What is wrong with copyright?”, http://www.planetagona.org/english/theme2_suj6_note.html, diciembre de 2007.

⁵⁰¹ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 165, p. 24 (quien advierte que esta polarización no está dejando nada positivo).

Sobre el particular, nos refiere José Luis Caballero: “Continuamente el debate sobre el control de las creaciones tiende a irse a los extremos. Por una parte se encuentra la visión del control total, en donde materialmente cualquier forma de uso de una obra está totalmente amparada por el derecho de autor, mediante un sistema en donde todos los derechos están reservados, y por la otra, esta la visión de la anarquía total, en donde los creadores disfrutan de un amplio marco de libertades pero están expuestos a la utilización indiscriminada de dichas obras”. Caballero Leal, José Luis, “Derecho de autor en la nueva era digital, la industria del libro, de la música y del audiovisual. Tendencias. *Creative commons*”, Ponencia de la Jornadas de Derecho de Autor, OMPI / INDA / UP, 6 y 7 de septiembre de 2005, p. 13.

⁵⁰² Litman, Jessica, “War stories”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 20, núm. 2, 2001-2002, pp. 337 y ss; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 10, 11 y 296 (quien menciona que Jack Valenti, de la MPAA, declaró que la lucha contra Internet era su personal guerra contra el terrorismo); Patry, William, *op. cit.*, nota 242, p. 1; Vaidhyanathan, Siva, *The anarchist in the library*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 187.

⁵⁰³ Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 240, p. 360.

En terminos similares, Greene sólo distingue entre “*IP restrictors*” e “*IP expansionists*”. Cfr. Greene, K.J., “Intellectual property expansion: the good, the bad, and the right of publicity”, *Chapman law review*, EUA, vol. 11, 2008, pp. 522 y ss.

protección)⁵⁰⁴. Por su parte, Geller explica que en la actualidad el debate está polarizado entre *ciber-anarquistas* y *ciber-legalistas*⁵⁰⁵.

Aunque siempre procura hacerse pasar por moderado, Lessig abona mucho al discurso radical⁵⁰⁶, contraponiendo al público en general contra las avariciosas industrias culturales y los corruptos políticos que las apoyan⁵⁰⁷. Este académico plantea dos tipos de sociedad de la información a elegir: una “feudal” y otra “libre”⁵⁰⁸, y siguiendo la tónica de las “guerras de la propiedad intelectual”, Lessig llama “guerreros” (*warriors*) a quienes no comparten su punto de vista⁵⁰⁹.

El hecho de que Lessig presente la problemática actual de los derechos de autor como una guerra en contra de los titulares del *copyright*, es decir, como una *lucha de clases*, ha valido que en algunas ocasiones califiquen sus ideas, ingeniosamente, como “*marxistas-lessigistas*”⁵¹⁰. Además, este pensador suele utilizar mucho el lenguaje emotivo, lo que, además de implicar falacias argumentativas, trae como resultado manipulación y engaños en el debate⁵¹¹.

De igual forma, Siva Vaidhyanathan, de la Universidad de Wisconsin, sólo ve dos bandos en este debate: quienes favorecen una protección “delgada” y quienes se inclinan por una protección “gruesa”⁵¹².

De hecho, la mayoría de los académicos estadounidenses (y algún otro despistado de la familia neorromanista, que no haya estudiado a fondo los derechos de autor con anterioridad) con su visión propia del *copyright*⁵¹³, ven el conflicto sólo entre dos fuerzas en pugna: (1) las grandes empresas titulares de derechos, y (2) los usuarios de obras. Pero, ¿dónde queda el autor?

En los sistemas de *copyright*, con un enfoque primordialmente utilitarista, el autor es una figura que ha merecido poca atención, y no se le protege tanto como en los sistemas de *droit d’auteur*, de tradición más humanista⁵¹⁴. Por lo tanto, no sorprende que los analistas de los EUA tiendan a presentar la cuestión como un debate bipolar empresario-usuario, ignorando o minimizando la figura del autor⁵¹⁵.

⁵⁰⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 58.

⁵⁰⁵ Geller, Paul Edward, “Copyright history and future: what’s culture got to do with it?”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 47, 2000, pp. 235 y 236.

⁵⁰⁶ E incluso, suele ser considerado como un gurú por quienes se oponen a la propiedad intelectual.

⁵⁰⁷ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 260.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 267.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 83, 126 y 255.

⁵¹⁰ Hunter, Dan, “Marxist-lessigism”, http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/feature_hunter_novdec04.msp, octubre de 2009.

⁵¹¹ *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 592.

⁵¹² Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 8.

⁵¹³ Este es el “anglocentrismo” que estaremos criticando constantemente en el presente capítulo.

⁵¹⁴ Para más detalles sobre este punto, *cfr.* el apartado 2 del capítulo segundo y el apartado 5.6.1 del capítulo tercero, ambos de la presente investigación.

De cualquier forma, reiteramos aquí lo ya dicho por Cornish y Llewelyn en el sentido de que los sistemas de derechos de autor simbolizan una preferencia por los creadores sobre los empresarios, a diferencia de lo que pasa en materia de *copyright*. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 72, p. 379.

Mientras que Dreier y Nolte explican: “Contrary to the Anglo-American tradition with its strong utilitarian approach, the continental copyright system is still much more focused on the person of the creator”. Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 482.

Cfr. también, Von Lewinski, Silke, nota 500.

⁵¹⁵ Como ejemplo de esta clase de discurso, *vid.* Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 502, p. 186.

Mientras que Halbert indica que el sistema actual de *copyright* protege, más bien, un sistema de producción. *Cfr.* Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 304, p. 144.

Inclusive, en este tipo de visiones, normalmente se ubica al autor como alineado a los intereses de los empresarios (pues en ambos casos, estarían a favor de la propiedad intelectual). Empero, como advierten Cornish y Llewelyn, no debemos pasar por alto que las relaciones en materia de derechos de autor no son bipolares, sino triangulares, pues los intereses de los autores son propios y diferentes de los intereses de los empresarios, siendo muy común que también se contrapongan los intereses de los autores con los de las industrias culturales⁵¹⁶.

Con acierto, en relación con los retos de los derechos de autor frente a los avances tecnológicos, Rodrigo Bercovitz explica: “Telón de fondo permanente es la tensión existente entre creadores intelectuales (autores y artistas) y las empresas dedicadas a la financiación y comunicación de sus creaciones”⁵¹⁷.

Así, resulta una verdadera falacia considerar que autores e industria comparten necesariamente los mismos intereses y que, por ende, están en el mismo lado⁵¹⁸.

De igual forma, en tiempos recientes se ha presentado el fenómeno contrario: que quienes están en contra de los derechos de autor, alegan que los creadores están de su lado⁵¹⁹. En efecto, ante la imposibilidad de rebatir contundentemente el argumento de que los autores deben tener un nivel digno de vida y beneficiarse de sus creaciones, hay quienes ya comienzan a tomar en cuenta a los autores, pero sólo para decir que ellos también son perjudicados por los derechos de autor⁵²⁰.

Creemos que tal postura que es contradictoria, pues resulta un contrasentido que el sistema de derechos *de autor* resulte perjudicial a los autores por concederles protección, es decir, no se puede argumentar que los autores estén mejor sin que se les conceda protección. Si bien se necesita mejorar la protección que se otorgue a los creadores (por ejemplo, una mejor protección a la hora de contratar o la concesión de ciertos derechos de remuneración inalienables), no se puede sostener que la tutela que la ley dispensa hoy a los autores, los perjudica⁵²¹.

⁵¹⁶ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 72, p. 402.

⁵¹⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 1: Introducción a la propiedad intelectual” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 48.

En el mismo tenor, la Dra. Von Lewinski explica: “One of the *main problems* in the context of copyright protection is however often overlooked in debates on too strong protection: it is the *relationship between individual authors and performers on the one hand and, on the other hand, the media enterprises* such as phonogram producers, film producers, broadcasting organisations, publishers and others who exploit their works. The typical imbalance of negotiation power usually leads to the fact that authors and performers often cannot or not sufficiently benefit from their rights which they have to sign away without receiving an equitable, or any, remuneration, and this often under inappropriate terms and conditions” (énfasis en el original). Von Lewinski, Silke, nota 500.

⁵¹⁸ Drexler, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy” en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 175.

⁵¹⁹ Cfr., por ejemplo, Smiers, Joost, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, trad. Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 95 y 284.

⁵²⁰ El argumento de mayor peso para sustentar esto, tiene su base en la facultad de transformación, pues a un autor se le está prohibiendo crear o, por lo menos, difundir una obra, que contenga elementos creativos de otra obra preexistente. Así, se impide la labor creativa de los autores. Cfr. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 100 y ss.

Si bien es cierto que en materia de transformación se suelen presentar conflictos autor-autor, y que el sistema suele beneficiar al autor de la obra primigenia (o su titular derivado), esto no es argumento suficiente para concluir que la totalidad del régimen jurídico de derechos de autor es perjudicial para los autores.

⁵²¹ La verdad no nos cabe en la cabeza cómo el concederle derechos de explotación a un escritor para que una editorial le de dinero a cambio de comercializar su obra, pueda ser contrario a los intereses de

En realidad, los intereses de los autores también son independientes de los intereses de los usuarios, de manera que no sólo no coinciden, sino que normalmente están encontrados, pues mientras los autores comúnmente buscan que se les pague la utilización de sus obras, los usuarios (como cualquier consumidor) buscan siempre pagar lo menos o, de plano, no pagar.

Si bien es cierto que en muchos casos los autores pueden ser usuarios a su vez, o hasta empresarios, esto no significa que, como colectivo, y frente al uso de sus propias obras, no tengan un interés propio y claramente diferenciado del de los usuarios y del de la industria.

Por consiguiente, el referido carácter triangular de los intereses presentes en materia de derecho autoral, nos impide adoptar la bilateral y simplista configuración de “buenos” contra “malos”. Estamos en contra de radicalizar el debate planteando que existe un bando a favor de los derechos de autor y otro bando contrario a esos derechos.

Incluso, y a pesar de que actualmente el debate está polarizado en esos dos extremos, existen posturas eclécticas y más moderadas (como la que proponemos más adelante⁵²²). Como se dice: no todo es blanco o negro, hay muchas gamas de gris.

Por lo tanto, antes de entrar al análisis de las *contra respuestas críticas* que se han generado a la evolución reciente de los derechos de autor, explicaremos brevemente las diversas posturas ideológicas desde las que, hoy en día, se busca dar respuesta a la problemática que se ha venido analizando.

4.1.- *El debate sobre los derechos de autor a inicios del siglo XXI.*

Al iniciarse el nuevo siglo, la disciplina del derecho intelectual ha estado marcada por mucha polémica y debate. En el presente apartado, pretendemos resumir las principales tendencias ideológicas que hay sobre el campo de los derechos de autor. Para hacer esa síntesis, nos apoyaremos en el marco desarrollado por Ignacio Garrote.

Reconociendo la existencia de diversos matices en las posturas sobre los derechos de autor en Internet, Garrote las clasifica en tres grupos generales: los minimalistas, los maximalistas (o “neoclásicos”), y los eclécticos⁵²³. Hagamos una referencia somera a los principales postulados de cada grupo.

a) Maximalistas.- Esta postura está fuertemente influenciada por las teorías neoliberales de la escuela de Chicago, siendo su herramienta básica el análisis

ese autor. O cómo el concederle un derecho de remuneración por comunicación pública a un músico, para que cobre dinero cada vez que un restaurante toca su canción, le pueda perjudicar.

⁵²² El suscrito no se identifica con ninguno de los dos bandos radicales, sin embargo, y dependiendo del lugar o del tema tratado, se le ha tachado de pertenecer a uno u otro bando.

⁵²³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 65 y 66.

Existen otras clasificaciones similares, como la de Athanasekou, quien encuentra las siguientes corrientes: los *radicales* (destacando entre estos, los primeros usuarios de Internet, quienes consideran poco importante al derecho de autor en este entorno, y sugirieron otras formas de control de las obras, como la ética de los usuarios, fuentes alternativas de ingresos para los autores, la encriptación, etc.), los *revisiónistas* (quienes se caracterizan por tener alguna preparación jurídica, y proponen no construir un nuevo sistema, sino revisar y modificar a fondo el régimen actual), los *tradicionalistas* (quienes argumentan que los derechos de autor siempre se han adaptado a las nuevas tecnologías, por lo que el régimen sólo requiere cambios menores para afinarlo), y los *maximalistas* (propugnan por una protección más fuerte de los derechos de autor para controlar absolutamente todos los usos de obras en Internet, pues de lo contrario, los titulares de derechos no se animarán a difundir obras por Internet). *Cfr.* Athanasekou, P. Eve, “Copyright in cyberspace”, Ponencia presentada en la 13ª Conferencia del British & Irish Legal Education Technology Association, Dublin, 27 y 28 de marzo de 1998, pp. 2 y 3 (obtenido en línea en: <http://www.bileta.ac.uk/document%20library/1/copyright%20in%20cyberspace.pdf>, septiembre de 2009).

económico del derecho. De ahí que autores como Netanel⁵²⁴ o Garrote⁵²⁵, los denominen “neoclásicos”. Otros, como Vaidhyathan⁵²⁶, los llaman “fundamentalistas de la propiedad”.

Su punto de partida es netamente utilitarista, al considerar que el *copyright* no sólo es un incentivo para la creación, sino una fuente de riqueza generada por la explotación comercial⁵²⁷, lo que se logra de mejor manera al dejar que sea el propio mercado quien regule la explotación de obras⁵²⁸.

Empero, para conseguir la eficiencia del mercado, se requiere que las obras estén protegidas por un derecho exclusivo lo más robusto posible, que permita explotar las creaciones intelectuales en todas las modalidades posibles; sin embargo, el *copyright* debe concentrarse en un solo propietario, aunque se trate de derechos plenamente disponibles o alienables⁵²⁹.

Los derechos morales son un estorbo para la explotación comercial de la obra, por lo que se aconseja su eliminación o una seria reducción⁵³⁰.

Por lo que hace a las restricciones al derecho de explotación, la visión neoliberal estándar considera que estas se encuentran justificadas únicamente en casos de *fallas insuperables* en el mercado, es decir, cuando el titular está fácticamente impedido para licenciar el uso de la obra. Se aboga por una reducción del *fair use* y hay una posición adversa a la figura de las licencias obligatorias, no viéndose con buenos ojos la institución de la copia privada⁵³¹.

Aplicando esta doctrina a Internet, se tiene como resultado la afirmación de que ese mercado trae condiciones para una competencia casi perfecta, donde los dos bastiones del *copyright* son la propiedad privada y la autonomía de la voluntad, de manera que, prácticamente, *cualquier utilización de la obra debe ser materia de un contrato de licencia*. Esto lleva a una oposición a las restricciones al derecho de explotación, dada la posibilidad de contratar directamente con el usuario (con bajos o inexistentes costos de transacción)⁵³².

Esto queda ilustrado con la siguiente explicación de Paul Goldstein, uno de los neoclásicos más influyentes⁵³³:

⁵²⁴ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 54, pp. 436 y ss (quien también hace otras clasificaciones).

⁵²⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 66.

⁵²⁶ Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 8.

⁵²⁷ Se aprecia que los presupuestos de esta teoría tienen su base en el sistema jurídico de los EUA y su correlativa fundamentación de la materia, no tomando en cuenta la postura humanista propia del sistema neorromanista (también reflejada en el sistema internacional de derechos humanos, en instrumentos como la DUDH o el PIDESC).

⁵²⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 68 y 69; y Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 14.

⁵²⁹ Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 523, p. 2; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 69; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 14.

⁵³⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 70.

Pot ejemplo, con una visión adversa a los derechos morales, Posner y Landes afirman que la facultad de integridad, hace más mal que bien, e incluso, desincentiva la creación artística. *Cfr.* Landes, William M., y Posner, Richard A., *The economic structure of intellectual property law*, EUA, Harvard University Press, 2003, p. 276.

⁵³¹ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 488; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 65, 69 y 70; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 15.

⁵³² López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 41; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 71 y 72; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 69, p. 184.

Para una explicación más detallada, *cfr.* Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, pp. 85 a 87.

⁵³³ “Goldstein had fallen under the sway of the fundamentalist ‘Law and Economics’ school of copyright analysis”. Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 157.

La metáfora que mejor expresa las posibilidades del futuro es el de la máquina de discos celestial, un satélite cargado de tecnología en órbita miles de millas por encima de la tierra, a la espera de la orden del abonado –como echar una moneda en las antiguas máquinas de discos y apretar un botón– de conectar a cualquiera con un gran número de selecciones de un enorme almacén mediante un receptor desde casa o desde la oficina que combina las facultades de un aparato de televisión, una radio, un aparato de CD, un VCR, teléfono, fax, y ordenador personal⁵³⁴.

Añadiendo que:

La capacidad de la máquina celestial de fijar un precio para el acceso, y desconectar el servicio si el abonado no paga la factura, debería reducir en forma sustancial los costos de transacción. A medida que estos costos disminuyan, también debería disminuir la necesidad de tener válvulas de escape, tales como el uso justo. De hecho, la lógica económica de la máquina celestial cuando se superpone por encima del texto de la Ley de Copyright, puede que produzca una ley que no contenga en absoluto ninguna exención de responsabilidad. Incluso si estas exenciones no se revocaran, se atrofiarían en la medida en que los proveedores obligaran a sus abonados, por medio de contratos, a pagar los usos actualmente exentos de protección por el copyright⁵³⁵.

De lo anterior, y de lo visto en el apartado 3 del presente capítulo, se aprecia que la doctrina neoliberal es la que más ha influido las políticas y decisiones normativas de los EUA y de la Unión Europea⁵³⁶. Incluso, las citadas palabras de Goldstein ya vaticinaban el declive de las restricciones al derecho de explotación y el fenómeno de renunciar a esas restricciones por vía contractual.

Esta concepción maximalista es muy criticable. Veamos.

De entrada, consideramos errado su punto de partida. En efecto, el *fundamentalismo de mercado* lleva a considerar como la función central de los derechos de autor la generación de riqueza⁵³⁷. Sin menospreciar la importancia pecuniaria de los derechos de autor y sus benéficas repercusiones en la economía de los estados, la miope visión neoliberal pasa por alto otras funciones, más importantes, de los derechos de autor: la riqueza cultural y la vida digna de los creadores de obras.

Esa concepción, meramente económica, es ajena a la tradición jurídica de *droit d'auteur*, donde la visión es más humanista y el autor es el centro de la protección⁵³⁸. Y peor aun, pasa por alto las obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales derivadas de la DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador.

Como ya vimos en el capítulo tercero de la presente investigación (apartado 6), los derechos de explotación tienen su justificación en el derecho fundamental de los autores de beneficiarse materialmente de sus obras, es decir, su principal propósito es, como apunta el Comité DESC⁵³⁹, proteger a los autores para que tengan un nivel digno de vida.

⁵³⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 172.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 188.

⁵³⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 523, p. 3; y Gross, Robin, *op. cit.*, nota 463, p. 115.

⁵³⁷ En este sentido, Bottis y Spinello critican que los debates de propiedad intelectual se centren en la economía y los incentivos, ignorando otras consideraciones. *Cfr.* Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *A defense of intellectual property rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 177.

⁵³⁸ De ahí que, como ya vimos *supra* en el apartado 3.4.2, se criticó severamente que al confeccionar la Directiva de la Sociedad de la Información, la Comisión Europea se haya guiado principalmente por criterios económicos, y no hubiera tenido una panorámica amplia del asunto.

⁵³⁹ Observación general 17 del Comité DESC, párrafos 15 y 16.

Además, la ideosincracia anglosajona que imbuye las doctrinas neoclásicas, queda reflejada al pugnar por la erradicación de los derechos morales de los autores, lo cual es criticable, no sólo desde el punto de vista de la tradición jurídica de países como México, sino desde el punto de vista del Convenio de Berna y de los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales ya citados, pues todos ellos ordenan la protección de los derechos morales de los autores, pues son prerrogativas básicas para tutelar la dignidad de los creadores.

También es criticable la visión de las restricciones a los derechos de explotación, en donde se sacraliza al mercado y se impone la generación de riqueza como interés supremo, al cual se subordinan todos los demás intereses involucrados. Como ya vimos en el capítulo cuarto de este trabajo (apartado 1.5), las fallas de mercado no son la justificación idónea para las restricciones al derecho de explotación, sino más bien la tutela de ciertos derechos fundamentales (como el derecho a la información o el derecho a la cultura)⁵⁴⁰; por lo tanto, el hecho de que Internet reduzca o elimine los costos de transacción, no hace desaparecer otros intereses iusfundamentales que justifican la existencia de restricciones al derecho de explotación. De ahí que consideremos desacertado el argumento para atacar dicha institución.

En fin, la absoluta autonomía de la voluntad que propugna la corriente neoclásica, pasa por alto la tendencia consolidada de establecer normas generales de contratación a favor de los autores (e incluso impedir la transmisión *inter vivos* de la titularidad del derecho de explotación en algunos países)⁵⁴¹, así como la, aun más consolidada, tendencia de proteger a los consumidores en sus contratos con proveedores⁵⁴².

Todo lo anterior se puede resumir en que lo neoclásicos sólo atienden a valores económicos, pero ignoran los valores culturales y sociales que también entran en juego y son dignos de tutela, además de que, como se ha apuntado, las posturas criticadas “son sospechosamente favorables a los intereses de los derechohabientes”⁵⁴³. O como bien dice Guibault: “In the case of public goods, individual profit maximisation is not necessarily equal to collective social welfare maximisation”⁵⁴⁴.

Desde luego, dentro de los neoclásicos se han ido generando matices más moderados, que sostienen la necesidad de conservar la dicotomía “expresión/contenido”, el plazo limitado del derecho (duración no perpetua) y algunas restricciones a los derechos de explotación⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ También *vid.* Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 66, p. 488 (quienes indican que las fallas de mercado sólo explican parcialmente el fenómeno de la copia privada).

⁵⁴¹ Sobre esto, *cf.* *supra* el apartado 5.2.5 del capítulo segundo.

⁵⁴² Por lo que “tanto el derecho de autor –con sus reglas imperativas que limitan la autonomía de las partes a la hora de contratar– como las normas generales sobre los contratos de adhesión son igualmente aplicables en el entorno digital, aunque su justificación haya cambiado. Tales normas, creadas originalmente para proteger a los autores y a los consumidores y para garantizar ciertos usos de las obras que se consideraban necesarios en virtud de intereses políticos o jurídicos son ahora un requisito imprescindible para asegurar la inclusión de sectores del público que de otra manera quedarían al margen de la explotación de obras en Internet”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 76.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 77.

Senftleben nos explica que el purismo neoclásico ya ha sido rebatido convincentemente, debido a que los restricciones a los derechos de explotación generan externalidades que son valiosas socialmente, pero difícilmente cuantificables. *Cfr.* Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 296.

⁵⁴⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 86.

⁵⁴⁵ Para más detalles sobre los moderados, *vid.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 77 y ss.

b) Minimalistas.- Dicha postura estima que los derechos de autor carecen de sentido y deben perder protagonismo en Internet, de manera que los derechos deben reducirse (o incluso desaparecer) para favorecer los intereses de los usuarios⁵⁴⁶.

Existen muchos matices (e incluso antagonismo) entre las tesis minimalistas, pero su hilo conductor es la crítica a los postulados neoclásicos, advirtiendo sobre los efectos negativos que la expansión de los derechos de autor causa en materia cultural, política y económica, lo que limita el disfrute de las obras por el público y merma la actividad crítica de la sociedad⁵⁴⁷.

Estas corrientes van desde el libertarismo radical (que pugna por la desaparición de los derechos de autor) hasta otras que proponen crear esquemas alternos de incentivos económicos o la minimización y marginalización de los derechos de autor⁵⁴⁸.

El análisis de estas propuestas y sus refutaciones las hacemos *infra* en el apartado 4.2, al profundizar en la contra respuesta crítica al camino que han tomado los derechos de autor en Internet.

c) Eclécticos.- Postura comúnmente eclipsada por los radicalismos de las corrientes previamente explicadas⁵⁴⁹, se caracteriza por buscar respuestas equilibradas frente a las opciones de un “derecho de autor mínimo o inexistente” o de un “derecho máximo o absoluto”.

Las posturas eclécticas tienen, como denominador común, la defensa de los postulados fundamentales del sistema de derechos de autor, reconociendo que la materia requiere cambios, los cuales no deben llevar a la destrucción del edificio teórico de la materia, sino sólo adaptaciones de mayor o menor profundidad, para llevar a un sistema más flexible⁵⁵⁰.

Estamos convencidos de que la moderación debe ser un elemento clave en materias, como el derecho autoral, tan complicadas y plagadas de intereses contrapuestos. El extremismo y los excesos, en cualquier vertiente, no deben ser la respuesta idónea.

Como acertadamente, afirman Gantz y Rochester⁵⁵¹, para resolver las controversias recientes en materia de derechos de autor, es necesario que cada parte dé algo y reciba algo, es decir, los involucrados deben comprometerse mutuamente, y no

⁵⁴⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 66; y Peukert, Alexander, “A bipolar copyright system for the digital network environment” en Strowel, Alain (coord.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 153.

⁵⁴⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 79.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, pp. 80 y ss.

Aquí entrarían los que Athanasekou llama radicales y algunos de los revisionistas. *Vid.* Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 523, p. 2.

⁵⁴⁹ Sobre lo poco socorridas que resultan estas posturas, Caballero indica: “El balance, el compromiso y la moderación, fuerzas que en alguna ocasión detonaron un sistema que privilegiaba la igualdad entre la innovación y la protección, se han convertido en una especie en peligro de extinción”. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 501, p. 13.

De la misma forma, afirma Canut: “en el ámbito de los derechos de autor de los contenidos en línea (...) existen dos tendencias opuestas; de un lado quienes apuestan a la libre difusión de la cultura con el único límite del reconocimiento de autoría, y de otro quienes pretenden una protección de los derechos patrimoniales incluso mediante el uso de medidas tecnológicas anti-copia”. Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 13.

⁵⁵⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 90.

En este rubro tienen cabida las propuestas más equilibradas de algunos revisionistas y algunos tradicionalistas, según la nomenclatura de Athanasekou. *Vid.* Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 523, pp. 2 y 3.

⁵⁵¹ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, p. 265.

pelear al todo o al nada. Sólo dejando a un lado las posturas maximalistas y minimalistas, podemos llegar a una solución equilibrada y satisfactoria para todos⁵⁵².

En el apartado 6 del presente capítulo, desarrollamos una propuesta ecléctica, que busca la aproximación a soluciones equilibradas y moderadas. Como se verá en su oportunidad, esta propuesta puede clasificarse de ecléctica en tanto su punto de partida es el sistema estándar de derechos de autor neorromanista, y las modificaciones se hacen con apoyo en la doctrina actual en materia de derechos fundamentales.

4.2.- *Análisis de algunas de las propuestas hechas por los críticos. Explicación de sus deficiencias.*

Ante el fenómeno del crecimiento desmedido de los derechos de explotación y del fortalecimiento de las industrias culturales⁵⁵³, muchos han hecho propuestas para resolver el problema. Desde luego, toda vez que el debate se ha polarizado entre maximalistas (que, en su mayoría, no reconocen el problema) y minimalistas, las principales propuestas han venido de este último sector.

Por lo tanto, a continuación analizaremos las propuestas que se han esgrimido para cambiar la situación prevalente sobre el uso de obras, principalmente en el ámbito digital. Esas propuestas no resultan satisfactorias por diversas razones (incluyendo su no adecuación a la protección de los derechos fundamentales), de manera que también hacemos su crítica y señalamos sus deficiencias, para luego poder exponer *infra* nuestra propuesta particular.

4.2.1.- *Desaparición de los derechos de autor.*

Esta es la postura más radical⁵⁵⁴. Propugna por la desaparición de los derechos de autor (e incluso, en general, del derecho intelectual).

Como ejemplo claro de esta postura abolicionista de los derechos de autor, tenemos a Brian Martin, quien, sin ambages afirma:

The alternative to intellectual property is straightforward: intellectual products should not be owned. That means not owned by individuals, corporations, governments, or the community as common property. It means that ideas are available to be used by anyone who wants to⁵⁵⁵.

A la misma conclusión llega Kinsella, quien afirma que los derechos de autor carecen de justificación, en tanto deben prevalecer los derechos de los usuarios sobre sus propios cuerpos y sobre sus propiedades materiales (que son afectadas por los derechos de autor)⁵⁵⁶.

⁵⁵² Sobre el particular Dutfield opina: "I think we should avoid the extreme positions of abolitionism, on the one hand, and the no-such-thing-as-to-many-rights missionary zeal of so many US and European diplomats and trade negociatros, on the other". Dutfield, Graham, "A rights-free world – it is workable, and what is the point?" en MacQueen, Hector, y Waelde, Charlotte (cords.), *Intellectual property. The many faces of public domain*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 225.

⁵⁵³ Cuestión que ya explicamos a lo largo del apartado 3.3.3 del presente capítulo.

En general, *vid.* Piva de Andrade, Gustavo, "La propiedad intelectual y su relación con el derecho antitrust", *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 13, 2007, pp. 226 y 227

⁵⁵⁴ De hecho, esta corriente es identificada por Garrote como la "libertaria o radical". *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 80.

⁵⁵⁵ Martin, Brian, *Information liberation. Challenging the corruption of information power*, Londres, Freedom Press, 1998, p. 46.

⁵⁵⁶ Kinsella, N. Stephan, "Against intellectual property", *Journal of libertarian studies*, Alabama, vol. 15, núm. 2, primavera 2001, pp. 44 y 45

Dentro de esta corriente no podía faltar John Perry Barlow, quien haciendo un símil, estima que la propiedad intelectual es como una botella y la información como el vino, de manera que, en las redes digitales, la propiedad intelectual ya no es necesaria, pues la información fluye sin necesidad de envoltorios, afirmando que:

Intellectual property law cannot be patched, retrofitted, or expanded to contain the gasses of digitized expression any more than real estate law might be revised to cover the allocation of broadcasting spectrum. (Which, in fact, rather resembles what is being attempted here.) We will need to develop an entirely new set of methods as befits this entirely new set of circumstances⁵⁵⁷.

Por consiguiente, Barlow estima que debe abandonarse la propiedad intelectual y propone un sistema donde los creadores vivan de *prestar servicios* (tocar música, cobrar por hacer pinturas, etc.), tal como se hacía antes de que existiera el moderno derecho de autor⁵⁵⁸.

Desde luego, tampoco falta la proclama en tono populista, como se aprecia en las siguientes palabras de Carlos Sánchez Almeida:

Ni copyright, ni copyfight, ni copyleft. Ha llegado la hora de la copia a secas, de la libertad a secas. Más allá de los derechos a copiar y remezclar obras, pensad en lo que sois, y en cómo habéis llegado a ser lo que sois. Sois producto de miles de millones de mezclas. Sois copias, y habéis nacido para copiar y ser copiados. Este es vuestro gran momento: vuestras copias genéticas os lo agradecerán⁵⁵⁹.

Un radicalismo similar encontramos en Boldrine y Levine, economistas que consideran que la propiedad intelectual es un monopolio, y como todo monopolio, no debería ser deseable. De hecho, concluyen que la propiedad intelectual *es un cáncer*, por lo que el debate no debiera ser entre hacer más benigno el cáncer o dejarlo así, sino que la única solución es su total *abolición*, aunque esto sea a largo plazo⁵⁶⁰.

Ideas parecidas expresa Debora Halbert, quien indica que en un futuro utópico no debería existir la propiedad intelectual, sino que la creación e intercambio de cultura habría de ser comunal y sin restricciones, es decir, un mundo donde todos puedan *compartir* obras libremente. Critica que el *copyright* haya convertido en *bastarda* la relación entre autores y su texto, por lo que, en el futuro, no deberían existir autores profesionales, y la remuneración a los creadores no debería ser económica, sino que sería la mera satisfacción de haber participado en la promoción del bien común⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Barlow, John Perry, "Selling wine without bottles: the economy of mind on the global net", http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html, septiembre de 2009.

⁵⁵⁸ "In fact, this model was applied to much of what is now copyrighted until the late 18th Century. Before the industrialization of creation, writers, composers, artists, and the like produced their products in the private service of patrons. Without objects to distribute in a mass market, creative people will return to a condition somewhat like this, except that they will serve many patrons, rather than one". *Idem*.

⁵⁵⁹ Sánchez Almeida, Carlos, "Internet como república popular de la cultura", <http://www.porlacultura.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=62>, febrero de 2009.

⁵⁶⁰ Boldrin, Michele, y Levine, David K., *Against intellectual monopoly*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 264.

A lo que estos autores añaden: "while some modest amount of intellectual monopoly might be desirable in very special cases, it is more practical and useful to focus on the elimination of intellectual monopoly as a general rule. In innovation as in trade, a modest degree of monopoly is not sustainable". *Ibidem*, p. 265.

⁵⁶¹ Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 304, pp. 155 y 156 (aunque posteriormente esta autora explica que, en realidad, no aboga por la abolición del *copyright*, sino que estas ideas las plantea para hacer un ejercicio de pensar fuera de los parámetros de la propiedad intelectual. Como veremos en el siguiente apartado, esta pensadora propone más bien la minimización del *copyright*).

También destaca la propuesta de Joost Smiers en su libro *Un mundo sin copyright*⁵⁶². En esa obra se tacha al sistema de “injusto por naturaleza”⁵⁶³ y se critica el requisito de originalidad, afirmando que:

la base filosófica del sistema de copyright actual se apoya en un malentendido: la originalidad de los artistas es inagotable, concepto que se aplica a creadores e intérpretes. Pero la realidad indica otra cosa, porque los artistas siempre tienen en cuenta las obras creadas en el pasado y en el presente, y agregan elementos al corpus existente. Esos agregados merecen respeto y admiración, pero sería inadecuado otorgar a sus creadores, intérpretes y productores derechos de exclusividad monopólicos sobre algo que se inspira en el conocimiento y la creatividad que forman parte del dominio público y son producto de la labor de otros artistas⁵⁶⁴.

Además, Smiers critica que el sistema actual no tome en cuenta a los autores promedio, propiciando que unas cuantas industrias culturales dominen el mercado y no exista diversidad cultural⁵⁶⁵, por lo que su propuesta básica es: “que nos apartemos del sistema actual de copyright; para ello es necesario derribar los muros artificiales que rodean a las obras artísticas, es decir, anular los derechos de propiedad”⁵⁶⁶.

Empero, y a diferencia de otros abolicionistas, Smiers es consciente de los efectos negativos que tendría para los creadores la desaparición de los derechos de autor, por lo que propone otras formas de remunerarlos. La propuesta que hace tiene tres variantes:

- a) En la mayoría de los casos, los autores vivirían de ser los primeros en vender sus obras (ventaja competitiva por beneficio de oportunidad) antes de que las demás personas también las comercializaran (pues al estar en el dominio público, las creaciones pueden ser explotadas por todos). En muchos casos, las obras pueden ser financiadas por compradores institucionales: reyes, mecenas, iglesias, sindicatos, bancos, etc.; e incluso, en el caso de la música, los principales ingresos vendrían de los conciertos. Este es el núcleo del sistema propuesto⁵⁶⁷;
- b) Cuando la creación de la obra requiera una inversión fuerte (como en el caso de la cinematografía), existe una verdadera falla de mercado, pues el riesgo sólo lo asumiría quien tuviera la seguridad de recuperar su inversión. En este caso debe intervenir el Estado, concediendo un “usufructo transitorio” de un año *al empresario* que haga la inversión, para que, sin ser propietario⁵⁶⁸ pueda beneficiarse de los frutos de su inversión⁵⁶⁹;
- c) En tercer lugar, en los casos en que el usufructo temporal no sea lo suficientemente rentable, el Estado debe dar subsidios a la creación, pues

⁵⁶² Vid. también, Smiers, Joost, y Van Schijndel, Marieke, “Imaging a world without copyright: the market and temporary protection, a better alternative for artists and the public domain” en Porsdam, Helle (coord.), *Copyright and other fairy tales. Hans Christian Anderson and the commodification of creativity*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, pp. 147 y ss.

⁵⁶³ Smiers, Joost, *op. cit.*, nota 519, p. 283.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 284.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 291.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 290 a 292

⁵⁶⁸ Pues la propiedad de la obra sería de la colectividad.

⁵⁶⁹ Smiers, Joost, *op. cit.*, nota 519, pp. 293 y 294.

no hay capacidad del mercado para financiar esas obras. Al igual que en la hipótesis primera, la obra es automáticamente del dominio público⁵⁷⁰.

Ahora pasemos a las críticas a las posturas abolicionistas. Estas críticas pueden hacerse desde los siguientes puntos de vista: histórico, internacional, genético, práctico y iusfundamental. Veamos cada uno de ellos.

Desde el punto de vista *histórico*, no resulta aconsejable el suprimir los derechos de autor. Simplemente no se puede dejar al autor y a su obra, solos e inermes frente al mercado, pues de esta forma no serán los creadores los principales beneficiarios económicos de dichas creaciones, sino los grupos empresariales con mayor capital e infraestructura.

Es decir, aunque teóricamente cualquiera podría explotar la obra en el mercado, la realidad nos ha demostrado que la mayoría de los mercados son dominados por los grandes capitales, de tal forma que, quienes sacarían el mayor provecho en la explotación de las obras, serían los económicamente más poderosos, y no tanto los autores o el público en general.

Por lo que no está de más recordar a Kant cuando nos hablaba de la injusticia de que otras personas lucren con las obras sin permiso de sus autores⁵⁷¹. Y es que, la propuesta de que el autor trabaje y se esfuerce, para que los mayores frutos de ese trabajo estén a la libre disposición de los grandes poderes económicos, nos parece moralmente reprochable.

De hecho, de atender las tesis abolicionistas, regresaríamos a una situación muy similar a la que prevalecía antes del s. XVIII, por lo que no está de más echar un vistazo a la historia (cuyas enseñanzas a veces porfiamos en ignorar). Al no tener el autor ningún derecho sobre sus obras, más que la propiedad sobre el manuscrito original, sus principales fuentes de ingresos eran la venta del manuscrito y, en su caso, de las reproducciones o ejemplares que el mismo realizara (como propone Smiers). Pues bien, esto daría lugar a una situación de precariedad, como de la que se quejó Molière⁵⁷², en donde los ingresos del autor serán mínimos, y no podría impedir el uso de sus obras por terceros, ni siquiera en caso de robo.

Además, los autores tendrían que recurrir con mayor frecuencia a mecenas y patronos (como también propone Smiers), lo que tampoco es lo ideal, pues dichas personas sólo pueden apoyar a un número limitado de autores y, asimismo, se afectaría profundamente la libertad creativa y temática. Es decir, la postura de los abolicionistas soslaya la *función estructural* de los derechos de autor, además de que implica una afectación al derecho a la información⁵⁷³.

Se suele decir que los derechos de autor no son necesarios para incentivar la creación, y se pone por ejemplo el Renacimiento, época donde florecieron las artes sin necesidad de derechos de autor⁵⁷⁴. Empero, cabe recordar que si bien en el Renacimiento hubo mucha aportación estética y técnica, también hubo un serio déficit en cuanto a pluralidad temática y voces independientes. Al tener los autores que crear

⁵⁷⁰ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

⁵⁷¹ Kant, Immanuel, "Of the injustice of counterfeiting books" en Kant, Immanuel, *Essays and treatises on moral, political, and various philosophical subjects*, trad. John Richardson, Londres, s/e, 1798, vol. I, pp. 228 a 230.

⁵⁷² *Vid.* el apartado 1.1 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁵⁷³ Sobre esto profundizamos más abajo, al formular la crítica a los abolicionistas desde un punto de vista iusfundamental.

Respecto de la función estructural de los derechos de autor en apoyo al derecho a la información, *cfr.* el apartado 10.1.4.1 del capítulo cuarto de la presente investigación.

⁵⁷⁴ *Cfr.* Gross, Robin, *op. cit.*, nota 463, p. 108.

obras que obedecieran a la ideología de sus patrocinadores, los creadores no podían expresar sus opiniones ni tocar los temas que les interesaba. Si revisamos al arte de ese periodo, está abrumadoramente dominado por producciones de tipo sacro-católico.

En pocas palabras: las exigencias actuales de pluralismo, no pueden alcanzarse dejando al autor sin protección alguna o bajo el auspicio de ciertas élites.

Además, es posible que se genere un retroceso en cuánto a la producción cultural, muy similar a la que existía en la época del mecenazgo. Por lo que no está de más recordar las palabras de Vessillier-Ressi:

El oficio de creador nace realmente con la autofinanciación, cuando la obra se convierte en fuente de ingresos, ya sean éstos en forma de derechos de autor o de otra índole, como por ejemplo el producto de la venta. En todos los países en que se ha asistido a un desarrollo de las industrias, de los mercados y las políticas culturales –éstas últimas sobre todo en Europa– las condiciones de vida y de trabajo de los creadores han mejorado globalmente, al mismo tiempo que su condición jurídica⁵⁷⁵.

Resulta curioso que la postura de los abolicionistas se acerca mucho a la de los neoclásicos o maximalistas, e, incluso, algunos de estos abolicionistas son más neoliberales en su fe en el mercado y en la mano invisible que lo guía. En efecto, mientras que los maximalistas propugnan que sea el mercado el que regule la explotación de obras y el Estado tenga una intervención mínima (mediante la concesión del derecho exclusivo y un sistema de justicia para defenderlo), los abolicionistas van más allá, propugnando que el Estado no intervenga en absolutamente nada, y todo se deje *exclusivamente* al mercado, o en propuestas como la de Smiers, donde la intervención del Estado sería todavía menor a la que postulan los neoliberales.

Reiteramos: si se deja la cuestión al mercado, el que sale perdiendo es el autor, y los principales beneficiados serían los grupos más fuertes dentro del mercado.

Si lo que se critica (y no sólo por los abolicionistas) es que hoy los mercados culturales están controlados por unos cuantos, entonces hay que repensar bien las cosas, ya que el desaparecer los derechos de autor no resolverá esa situación, sino más bien la agravará.

Como bien indica Von Lewinski, aunque que se diga que los derechos de autor sólo sirven para enriquecer más a los ricos, la verdad es que esos derechos son necesarios para proteger a la parte más débil en el mundo de la creatividad: los autores. Más bien, la principal amenaza es la excesiva concentración de medios y la predominancia de las empresas transnacionales, no los derechos de autor por sí mismos⁵⁷⁶. Esto nos refuerza la idea de dar una protección adicional a los autores cuando deben celebrar contratos, y no, en cambio, de desproteger a los creadores.

Por otro lado, sin derechos de autor, las obras pueden ser libremente mutiladas, alteradas o, incluso, destruidas, lo que además de falsear la ideología del autor, afecta su derecho a la información a que su pensamiento llegue al público; afecta el mismo derecho de los ciudadanos al no recibir la información íntegra; así como atenta contra el

⁵⁷⁵ Vessillier-Ressi, Michèle, “El oficio del creador”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre 1995, p. 11.

⁵⁷⁶ Von Lewinski, Silke, nota 500.

También *cf.* Finger, J. Michael, Penna, Frank J., y Thormann, Monique, “The Africa music project” en Finger, J. Michael, y Schuler, Philip (cords.), *Poor people’s knowledge. Promoting intellectual property in developing countries*, Washington, Oxford University Press, 2004, pp. 113 y ss.

En este sentido, Monroy afirma: “El régimen de derecho de autor es una herramienta de la cual se puede hacer buen o mal uso, pero no porque haya empresas o personas que incurran en infracciones al régimen de libre competencia puede desconocerse la necesidad y conveniencia de proteger el derecho de autor”. Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 150, p. 243.

derecho a la cultura, al tergiversarse e, incluso, destruirse expresiones culturales. De igual forma, no habría protección a la paternidad de la obra, por lo que las obras podrían circular sin mencionarse su autor o, peor aun, señalando falsamente a otras personas como autores de las obras (lo que se conoce como plagio).

Desde el punto de vista *internacional*, también es criticable la postura de los abolicionistas, pues soslayan la multiplicidad de acuerdos internacionales en materia de derechos de autor (muchos de carácter universal). Un país que, de la noche a la mañana, abrogara sus leyes de derechos de autor, violaría automáticamente una serie de compromisos internacionales en la materia.

Incluso, debe recordarse que el Convenio de Berna (el cual sigue siendo la columna vertebral del sistema internacional de derechos de autor, según vimos), además de los derechos morales, exige la protección a los autores mediante derechos de explotación, es decir, en base a un control exclusivo sobre las obras. Obligación que se replica en tratados tan disímolos como la Convención Universal sobre el Derecho de Autor de la UNESCO o el ADPIC de la OMC.

Asimismo, el marco internacional se vería violentado, no sólo por inobservancia de los acuerdos en materia autoral o en materia de libre comercio, sino también en materia de derechos humanos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, los cuales también exigen cierto nivel de protección a los intereses morales y materiales de los autores. Sobre este punto, profundizamos *infra* al criticar a los abolicionistas desde un punto de vista iusfundamental.

Por lo tanto, a la luz de nutrido grupo de normas internacionales que tutelan los derechos de los autores, resulta jurídicamente inviable la propuesta de desaparecer los derechos de autor.

En cuanto al punto de vista *genético*, los abolicionistas parten de premisas equivocadas. En efecto, retoman el argumento de los postestructuralistas sobre el requisito de originalidad, consistente en que los creadores presentes se basan en las obras de los autores del pasado, por lo que no hay nada nuevo bajo el sol, sino pequeñas aportaciones sobre un bagaje cultural preexistente⁵⁷⁷. Particularmente, atacan la supuesta visión romántica acerca de los autores, a lo cuales se les debe proteger por ser unos genios⁵⁷⁸.

El problema con ese tipo de argumentos es que, desde un punto de vista jurídico, “originalidad” no se refiere a lo que ellos entienden por tal. En efecto, como ya vimos⁵⁷⁹, la noción prevalente de “originalidad” en el ámbito del derecho de autoral *no es sinónimo de novedad*, ya que no exige que las obras carezcan de parangón o sean algo extraordinario, como tampoco requieren que sean fruto de una genialidad o que su calidad sea excepcional⁵⁸⁰. En realidad, jurídicamente hablando, el requisito de originalidad es más modesto: basta que la obra sea expresión propia del autor, no importa que lo que diga no sea nuevo o revolucionario⁵⁸¹, no importa que cuente una historia ya trillada, lo que importa es que la cuente con sus propias palabras; vaya, ni siquiera importa que cuente la historia bien, basta con que la expresión sea propia. No se requiere que el autor sea un genio.

⁵⁷⁷ Vid. Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 304, p. 152; y Patry, William, *op. cit.*, nota 242, pp. 71 y 72.

⁵⁷⁸ Patry, William, *op. cit.*, nota 242, p. 66.

⁵⁷⁹ *Cfr. supra* el apartado 3.3.1 del capítulo segundo.

⁵⁸⁰ En este sentido, es claro el a. 5° de la LFDA cuando nos dice que las obras se potegen con independencia de su mérito.

⁵⁸¹ Como bien explica Mario Are, no debemos entender que el derecho exige una creatividad en sentido absoluto, ni que las obras no pueden tener elementos preexistentes. *Cfr. Are, Mario, L'oggetto del diritto di autore*, Milán, Giuffrè, 1963, pp. 42 y 43.

Por lo tanto, contrario a las premisas de los abolicionistas, para el derecho el autor un creador no debe ser un genio o producir algo magistral o nunca antes visto.

De igual forma, los abolicionistas no distinguen entre los elementos protegidos y no protegidos de una obra⁵⁸². En particular, soslayan que la ley sólo protege las aportaciones creativas propias de cada autor (la forma de expresión), y no las ideas o informaciones preexistentes, olvidando la dicotomía “expresión/contenido”⁵⁸³.

Como bien dice Velázquez:

Mucho se ha criticado a los derechos de propiedad intelectual señalando que éstos tienden a establecer una forma de propiedad de las ideas y en consecuencia monopolios respecto de las mismas, afirmación ajena totalmente a la realidad (...), al contrario el principio que las ideas son y deben ser libres constituye un pilar de esta clase de derechos, pues sin él no cabe suponer siquiera la existencia de actividades creadoras⁵⁸⁴.

El hecho de que los autores se hayan influido e, incluso, retomen ideas, técnicas, temas, informaciones, etc. de obras previamente creadas por la humanidad, eso no justifica el que las obras sean automáticamente de “propiedad colectiva”, y que no se le reconozca al autor su propio esfuerzo (independiente de la calidad o genialidad del resultado)⁵⁸⁵.

Coincidimos con Garrote cuando afirma que “el principal error de las teorías libertarias es dar por muerto el concepto tradicional de autor –romántico, si se quiere– como creador de una obra con la que tiene un vínculo personal”⁵⁸⁶.

⁵⁸² Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 592.

⁵⁸³ Un ejemplo de esas confusiones lo encontramos en Joost Smiers, como se puede apreciar *supra* en lo referido en la nota al pie 564.

Otro ejemplo lo encontramos en Lessig. Este académico narra cómo Walt Disney pudo hacer crecer su estudio de producción con base a cuentos de los hermanos Grimm (ya en el dominio público desde entonces), a los que les aportó su propia creatividad y talento, adquiriendo derechos exclusivos sobre sus nuevas versiones. Pero critica que la situación actual del *copyright* no le da, a los autores actuales, la misma oportunidad que tuvo Disney. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 23, 24 y 29.

La verdad es que los autores de hoy no tienen ningún problema en contar la historia de Blanca Nieves o de la Bella Durmiente, y la Walt Disney Company no se los puede evitar, como tampoco les puede prohibir que cuenten historias verídicas, como Pocahontas, o que retomen ideas o tramas usadas desde la época de los griegos, como sucedería con las ideas relativas al Rey León.

La infracción de derechos se cometería, no por usar meras ideas u obras del dominio público, sino en caso de explotar las obras de Disney (por ejemplo, reproducción o comunicación pública) o por retomar elementos creativos propios de Disney (como la forma en que dibujó a Blanca Nieves o la música de la Cenicienta).

En realidad, Disney fue original no por crear historias nuevas, sino por darles su personal forma de expresión. De igual forma, cualquier autor que haga una película sobre Blanca Nieves cumplirá con el requisito de originalidad si le da su propia forma de expresión, y no se limita a copiar a Disney o a los Grimm.

⁵⁸⁴ Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008, p. 27.

⁵⁸⁵ En tal tenor, Bottis y Spinello explican con meridiana claridad: “The intellectual commons itself is not a laborer or a collaborator. To be sure, an author should acknowledge his or her debt to the resources used as inputs and the law should take dependence on cultural resources into account, but the predication of a property right for the collective goes too far. (...) Just because the author stands on the shoulders of giants it does not mean that those ‘giants’ are his collaborators. They inspire and influence the author’s work but they lack the subjectivity to collaborate with him. In the same way it would be odd for someone to say that the logs gathered in the commons and used to build a cabin are ‘collaborators’ of the builder”. Bottis, María, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 537, p. 186.

⁵⁸⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 86.

En este sentido, Dutfield indica: “a rights-free world would diminish us as persons – or at any rate make us writers feel we have lost some of our individuality”. Dutfield, Graham, *op. cit.*, nota 552, p. 225.

Y el régimen internacional de derechos fundamentales sustenta esa acertada puntualización de Garrote, pues, con relación al PIDESC, el Comité DESC ha destacado “la importancia de reconocer el valor de las producciones científicas, literarias y artísticas como expresiones de la personalidad de su creador”⁵⁸⁷.

Otro error genético de las posturas abolicionistas (y que es muy común en otras tendencias minimalistas) es lo que llamamos su “anglocentrismo”, pues parten de la legislación e ideología propia de los EUA y del Reino Unido, no siempre compatibles con los sistemas jurídicos neorromanistas. Críticas o concepciones válidas en países del *copyright*, no necesariamente tienen la misma validez en los países del *droit d’auteur*⁵⁸⁸. Como bien refiere Garrote: “estas teorías están demasiado fundadas en conceptos y juicios de valor exclusivos de la sociedad norteamericana, sin que tengan una virtualidad general”⁵⁸⁹.

Con base en un punto de vista *práctico*, es igualmente criticable la postura abolicionista. En primer lugar, por lo inviable de desmontar todo el entramado internacional de protección. Imaginemos cuántos países están involucrados y cuántos tratados habría que denunciar; desde el nutrido grupo de acuerdos bilaterales que florecieron en el s. XIX y en la primera mitad del s. XX, pasando por el amplio número de tratados del sistema interamericano, el Convenio de Berna, el TODA, la Convención de Ginebra, el ADPIC, los tratados de libre comercio, los instrumentos de derechos humanos, etc. Eso sin mencionar los regímenes comunitarios, con sus respectivas normativas sobre derechos de autor, como las directivas europeas o las decisiones andinas.

En segundo lugar, porque a nivel nacional tampoco es viable que los legisladores abroguen las leyes de derechos de autor. El implementar una reforma tan de fondo al sistema cultural se antoja muy difícil, pues si a veces reformas menores a las leyes autorales no pueden aprobarse por las afectaciones a alguno de los sectores involucrados, la desaparición total del sistema parece inviable.

Ni siquiera países socialistas como Cuba⁵⁹⁰ o la extinta URSS⁵⁹¹, con posturas desfavorables al derecho intelectual, pudieron dar el paso de suprimir las leyes de derechos de autor. Incluso China, con una tradición autoral diferente a la occidental⁵⁹², se vio forzada a expedir una legislación interna de derechos de autor⁵⁹³.

⁵⁸⁷ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 14.

⁵⁸⁸ Von Lewinski, Silke, nota 500.

⁵⁸⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 86.

Por ejemplo, autores estadounidenses como Vaidhyanathan, califican como *perniciosa* la doctrina europea de los derechos morales (*cf.* Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 33), olvidando que, si bien su origen fue francés, los derechos morales gozan de una aceptación casi universal –siendo las resistencias de EUA la excepción en la legislación comparada–, y también olvidando que instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, como la DUDH y el PIDESC, exigen la protección de los derechos morales.

⁵⁹⁰ Soto Granada, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, IIJ-UNAM, 2009, pp. 91 y 92.

⁵⁹¹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 34.

⁵⁹² Como bien afirma Becerra, en China existe una arraigada cultura que considera que usar (o incluso copiar) la obra de otro, se consideraba como un halago para el autor. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “China, una estrategia sobre propiedad intelectual” en Oropeza García, Arturo (coord.), *China-Latinoamérica: una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, México, IIJ-UNAM / CIACI / Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de la Ciudad de México, 2009, pp. 380 y 381.

⁵⁹³ Ganea, Peter, “Copyright” en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 210 y 211.

En países como México, ricos en cultura y con lo que se ha denominado una sólida “tradicón autoralista”⁵⁹⁴, parecería prácticamente imposible la supresión del régimen jurídico tutelar de los autores.

En tercer lugar, la desaparición de los derechos de autor tendría efectos muy negativos en la economía de muchos países, generando un severo problema de desempleo y menor recaudación tributaria. Por poner el ejemplo de México, los estudios en la materia demuestran que los sectores protegidos por derechos de autor aportan alrededor del 5.7%⁵⁹⁵ o 4.77%⁵⁹⁶ del PIB; imaginemos qué pasaría si de la noche a la mañana se desactivara ese sector económico: cuántos empleos se perderían⁵⁹⁷ (con las consecuencias sociales que eso trae), cuánto disminuirá la, ya de por sí débil, recaudación fiscal, etc. Es decir, no sólo se afectarían los ingresos económicos de los autores (que recordemos, son el núcleo de protección de la LFDA), sino de otras personas cuyos empleos dependen de las obras de los autores (como empleados de librerías, de salas de cine, impresores de papel, fabricantes de discos, etc.), y hasta se lastimarían los, ya de por sí menguados, ingresos estatales.

Inclusive, bajo esta panorámica práctica, debemos tener en cuenta que uno de los principales motores económicos de la mayor potencia del mundo es la industria del entretenimiento⁵⁹⁸. Parece francamente imposible que los EUA se queden con los brazos cruzados si se empieza a desensamblar el sistema global de derechos de autor, pues la desaparición lisa y llana de los sistemas de derechos de autor sería un golpe mortal para su economía.

Como bien dicen Gantz y Rochester: siendo realistas, las leyes de derechos de autor no desaparecerán jamás, sino que la verdadera opción es utilizar los instrumentos democráticos para lograr leyes equilibradas⁵⁹⁹.

Además de las consideraciones económicas, existen otras razones prácticas que hacen muy difícil la desaparición de los derechos de autor, como nos explica Mark Rose en las conclusiones de su estudio histórico:

The institution of copyright is of course deeply rooted in our economic system, and much of our economy does in turn depend on intellectual property. But, no less important, copyright is deeply rooted in our conception of ourselves as individuals with at least a modest grade of singularity, some degree of personality. And it is associated with our sense of privacy and our conviction, at least in theory, that it is essential to limit the power of state. We are not ready, I think, to give up the sense of who we are⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 1998, p. 61.

⁵⁹⁵ Piedras, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, México, CONACULTA / SOGEM / CANIEM / SACM, 2004, pp. 68 y 69 (esta cantidad se refiere al año 1998 y es descontando los ingresos derivados de la economía de sombra, i.e. piratería).

⁵⁹⁶ Márquez-Mees, Victoria, Ruiz Funes, Mariano, y Yaber, Berenice, *La contribución económica de las industrias protegidas por los derechos de autor en México*, México, INDA / OMPI, 2006, pp. 3 y 30 (medición del año 2003, sin contar economía de sombra).

⁵⁹⁷ Según se desprende de estudios económicos, las industrias protegidas por derechos de autor aportan el 11.01% de los empleos en la economía formal en México. *Cfr. Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁵⁹⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 142.

⁵⁹⁹ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 214, pp. 256 y 257.

⁶⁰⁰ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 598, p. 142.

En terminos similares, Reinbothe indica: “Protecting copyright is an important value that our societies have in common”. Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 405.

De igual forma, Stengel afirma respecto de la propiedad intelectual que “su concepto está fuertemente arraigado en nuestro entendimiento del mundo moderno”. Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 3, p. 106.

Y es que, otra vez, regresamos al vínculo autor-obra, por virtud del cual los autores tienen cierto grado de interés en determinar el destino de sus creaciones, así como proteger su estatus de autor y el mensaje que quieren difundir frente al público, incluso mediante la elección de los medios y formas en que *su* mensaje ha de circular⁶⁰¹. Esto, desde luego, está muy vinculado con la tradición autoralista mexicana, a la que ya nos hemos referido.

Por último, desde un punto de vista *iusfundamental* tampoco resulta aceptable la supresión de los derechos de autor.

Efectivamente, como se demostró en el capítulo tercero de la presente investigación, existe un derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, el cual deriva de varios instrumentos internacionales (DUDH, PIDESC, Declaración de Bogotá y Protocolo de San Salvador) y de algunas constituciones políticas.

Por virtud de tal derecho fundamental, los estados tienen la obligación de proteger a los autores, tanto en sus intereses morales como en sus intereses económicos. Por tratarse de un derecho fundamental, la protección a los autores queda fuera de la esfera de lo decidible, es decir, dicha tutela forma parte del coto vedado que no puede ser negado ni por las mayorías democráticamente electas, ni por el mercado, ni por ningún otro poder⁶⁰².

De esta forma, los legisladores no pueden, válidamente, decidir que se supriman las leyes de protección a los autores, dejando a los creadores a las buenas del mercado y de todos los factores de poder que ahí intervienen.

Reiterando lo ya dicho en esta investigación, y retomando las ideas de Ronald Dworkin, si los derechos fundamentales son triunfos políticos frente a las mayorías⁶⁰³, el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral es un verdadero triunfo político de cara a la colectividad, por lo que se extrajo del poder decisorio de las mayorías el tema de proteger o no a los autores. De manera que, respecto de tal protección *iusfundamental* a los autores, ninguna mayoría “ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”⁶⁰⁴.

Como bien dice Pedro Canut, a propósito de la DUDH:

⁶⁰¹ Cfr. *infra* las notas al pie 704 a 706 de este capítulo (en particular, el fundamento kantiano de estas aseveraciones).

⁶⁰² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432; Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005. 131; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 94.

Sobre el particular, afirma Kumm: “Even though there are interesting and significant differences between conceptions of rights in the liberal tradition, they generally share the idea that something protected as a matter of right may not be overridden by ordinary considerations of policy”. Kumm, Mattias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement” en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 131.

⁶⁰³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 37.

En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de la Suprema Corte de EUA en la sentencia del caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943): “The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections”.

⁶⁰⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 22, p. 131.

supone la codificación –y reconocimiento universal– de dos derechos humanos de igual rango, el acceso a la cultura y la protección de los derechos de autor; ambos –insisto– con el mismo rango, ambos entendidos como derechos inherentes a las personas “per se”, sin necesidad de reconocimiento previo, ni otorgamiento de monopolios por parte de los Estados; derechos que pertenecen a los seres humanos por el mero hecho de serlo⁶⁰⁵.

Dicho en términos llanos: es contrario a los derechos fundamentales quitarles a los autores su protección.

Como bien dice Alexandra Couto: “It would indeed be hard to deny that a creator is entitled to some rights with respect to her own creation”⁶⁰⁶.

En cuanto a los intereses morales de los autores que deben estar protegidos, estos incluyen, como mínimo, el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus obras y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones y modificaciones a sus producciones⁶⁰⁷. Es decir, *deben existir leyes que protejan los derechos morales* de los autores, al menos, en lo que respecta a las facultades de paternidad e integridad.

Por lo que hace a los intereses materiales de los autores, la protección que concedan los estados debe permitirles, como mínimo, un nivel de vida adecuado⁶⁰⁸. Es decir, no queda lugar a dudas que los autores deben obtener ingresos suficientes para tener una vida digna y decorosa.

Y el desaparecer los derechos de autor es una medida absolutamente contraria a ese deber iusfundamental, pues se le dejaría a los autores sin elementos para poder vivir de su creatividad. La desaparición de leyes autorales, sin más, se traduciría instantáneamente en una desprotección de los intereses materiales que los autores tienen sobre sus obras.

De hecho, el Comité DESC claramente ha señalado que una desaparición de la legislación *es una violación al PIDESC*:

Entre las violaciones resultantes de actos de omisión figura la derogación formal o la suspensión injustificada de la legislación que protege los intereses morales y materiales que correspondan a una persona por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas⁶⁰⁹.

Una de las cosas que quedan claras del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, es que, sea cual sea la forma en que los estados cumplan con ese derecho⁶¹⁰, los autores deben recibir una remuneración por el uso de sus obras. No es permitido que todo el mundo goce de las obras y sus autores no obtengan su sustento material.

Incluso, si se pretendiese (como lo hacen Barlow y Smiers) que los autores vivan de conciertos o presentaciones en vivo, eso sólo representaría ingresos a algunos autores, pero ciertamente, se dejaría desprotegido a un amplio espectro de creadores.

Por ejemplo, en materia de música, se requeriría que el autor tuviera, al mismo tiempo, la calidad de creador y de artista intérprete o ejecutante. Pero, ¿qué pasaría con los compositores que sólo se dedican a crear y no son artistas? Si revisamos, hay muchos autores musicales que sólo viven de crear obras, más no las interpretan o ejecutan en público, ya sea por no tener buena voz, por timidez, por falta de carisma,

⁶⁰⁵ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 14.

⁶⁰⁶ Couto, Alexandra, “Copyright and freedom of expression: a philosophical map” en Gosseries, Axel, Marciano, Alain, y Strowel, Alain (coords.), *Intellectual property and theories of justice*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2008, p. 170.

⁶⁰⁷ Observación general 17 del Comité DESC, párrafos 12 y 13.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, párrafos 15 y 16.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 42.

⁶¹⁰ *Vid. infra* nota al pie 614 del presente capítulo.

por algún impedimento físico, etc. A estos creadores se les estaría forzando, no a vivir de su calidad de autores, sino a convertirse en artistas, aunque a lo mejor esa no sea su vocación.

A mayor abundamiento, si los ingresos se van a generar por tocar ante el público, en la mayoría de los casos es irrelevante que se ejecuten obras de propia creación o de creación ajena. De hecho, en la mayoría de los casos se obtendrían las ganancias por comunicar obras creadas por otros, como sucede con el grueso de los músicos en el mundo. Así las cosas, en realidad, los ingresos no provendrían de la creatividad propia (de haber creado una obra), sino de prestar un servicio de tocar música en vivo.

Esa situación es contraria a lo prescrito por los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales ya señalados, en tanto estos establecen que los intereses materiales que se protegen, son los que les correspondan a las personas “por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, es decir, los que se deriven *de sus obras*, no de otras cuestiones como tocar música por ellos mismos.

En este sentido, el Comité DESC señala:

La palabra “correspondan” pone de relieve que los autores sólo se benefician de la protección de los intereses morales y materiales *directamente generados* por sus producciones científicas literarias o artísticas⁶¹¹. (Énfasis añadido).

Por lo que deben desecharse todas las propuestas que busquen que los autores no vivan *directamente* de sus obras, sino de otras cuestiones, como por ejemplo, mediante publicidad, representaciones en vivo, patrocinios, prestación de servicios adicionales, etc⁶¹².

Además, las propuestas de Smiers y Barlow no pueden aplicarse a todo tipo de obras. Por ejemplo, ¿qué pasaría con las obras literarias? La forma más importante de explotación de estas creaciones es la edición literaria (en sus diversas modalidades), la cual, para poder beneficiar económicamente a los autores, presupone la existencia de derechos de explotación (particularmente, de controlar las reproducciones de la obra).

En cambio, la recitación o representación pública es una modalidad de explotación muy menor, por lo que, fuera de los autores teatrales, difícilmente habría posibilidad de vivir dignamente dando presentaciones sobre obras literarias. Amén de que, al no existir derechos de autor y estar permitido que cualquiera comunique públicamente la obra, es probable que quienes le saquen mayor provecho económico a esta clase de creaciones, sean actores profesionales o lectores con “buena voz”, y no el propio autor (y eso en el caso de que el autor esté verdaderamente dispuesto a pararse frente al público a comunicar su obra⁶¹³). E incluso, los empresarios teatrales sacarían mayor provecho económico a las obras que los propios actores.

De nueva cuenta, vemos que este tipo de sistemas, más que recompensar a los autores y a su creatividad, proporcionarían incentivos a artistas intérpretes o ejecutantes y, sobre todo, a los empresarios.

Aunque en el caso de Smiers, como ya vimos, hace una propuesta que es un poco más estructurada sobre cómo compensar a los autores. Sometamos esa propuesta al escrutinio del derecho fundamental a la protección-jurídico autoral, para ver si respeta ese derecho básico.

⁶¹¹ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 17.

⁶¹² Para un listado de diversas fuentes de ingreso de este tipo, *vid.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 81.

⁶¹³ No son raros los casos de verdaderos genios de la literatura, como Lovecraft, cuya timidez los relegaba a la solitaria labor de escribir, y nunca se hubieran atrevido a ganarse la vida leyendo sus obras en público, en lugar de licenciarlas a editores literarios.

Como constatamos en el capítulo tercero del presente trabajo, la protección iusfundamental a los intereses económicos de los autores se puede realizar “mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del derecho exclusivo a explotar su producción científica, literaria o artística”⁶¹⁴. Es decir, los estados pueden elegir entre concederles derechos de explotación a los autores o mediante un sistema de pagos únicos (como pudieran ser becas estatales, pensiones o hasta derechos de remuneración).

Si descartamos la opción de los derechos de explotación, como propone Smiers, quedaría la opción de los pagos únicos, la cual debe cumplir con el requisito de efectividad y lograr, como mínimo, un nivel de vida adecuado para los autores, según explicó el Comité DESC⁶¹⁵. Y a nuestro entender, la propuesta de Smiers no cumple con ello.

En efecto, el núcleo de la propuesta de Smiers es que el autor no tenga derecho alguno y que los ingresos para mantenerse los obtenga de las oportunidades que le da el mercado, principalmente de ser el primero en explotar la obra o mediante los favores de mecenas y patrocinadores⁶¹⁶. Esto es inviable para cumplir los objetivos propuestos, pues con la fácil y rápida difusión de obras que propicia la tecnología digital, más va tardar el autor en crear la obra y ponerla a disposición del público, en que la misma se multiplique y difunda inmediatamente por otras personas, incluyendo otros empresarios que también comercialicen la creación (pues al no existir derechos de autor, cualquiera podría lucrar con la obra), de forma que los ingresos que reciba el autor por ser el primero en explotar la obra, difícilmente serán tan significativos como para procurarles un nivel digno de vida.

Peor aun, esto generaría una situación de competidores parasitarios. En efecto, se daría pie a que abundaran empresarios, que no invirtieran prácticamente nada, y estuvieran a la espera de que los autores sacaran a la luz sus obras, para, inmediatamente, acceder a ellas y comenzar a comercializarlas. Se ocasionaría una *verdadera rapiña* de la creatividad ajena.

No está de más recordar los reproches de Locke a quienes se apropian del trabajo ajeno y, particularmente, a los editores que explotan obras en perjuicio de los intereses de los autores⁶¹⁷. Y es que, en efecto, encontramos inaceptable que cualquier persona, sin mayor esfuerzo y sin siquiera tener nexo con el autor, pueda, no sólo beneficiarse y lucrar con el trabajo ajeno, sino convertirse en el principal competidor del propio autor en el mercado.

Incluso, en casos como el de México, donde aun con la existencia de derechos de autor, la piratería afecta seriamente los ingresos de muchos sectores (como el musical), imaginemos cuál sería la situación si desaparecieran los derechos de autor, y el impacto que eso tendría en el ingreso de los autores al permitir que cualquiera lucre con su obra.

⁶¹⁴ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 16.

⁶¹⁵ *Ibidem*, párrafo 39, inciso c).

⁶¹⁶ *Cfr. supra* la nota al pie 567 del presente capítulo.

⁶¹⁷ *Cfr.*, sobre todo, Locke, John, “Memorandum” en King, Peter, *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*, Londres, Henry Colburn y Richard Bentley, 1830, vol. I, pp. 386 y 387; así como su carta de 18 de marzo de 1695, consultable en De Beer, E.S. (comp.), *The correspondence of John Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1979, vol. 5, p. 795.

En este sentido, consideramos acertadas las palabras de Bottis y Spinello, cuando afirman que el modelo lockeano de derechos de autor, basando en permitir que los autores se beneficien de su trabajo, es moralmente aceptable. *Vid.* Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 537, p. 178.

En cambio, un modelo en el que no se remunere al autor es inaceptable, como considera López Maza: “tan inapropiado es conceder a los titulares de derechos un monopolio absoluto sobre sus contenidos protegidos, como permitir que el usuario pueda acceder en línea a todo, cuando quiera y sin pagar”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 7.

Y el mecenazgo o patrocinio es insuficiente, como ya lo demostró la historia. El núcleo del sistema cultural de un país (en lo que se refiere a la creación de expresiones culturales) no puede depender de los mirabienes de unos cuantos privilegiados sociales; además de que la mayoría de los autores no tendría ni siquiera la posibilidad de acceder a ese sistema de financiamiento. Como reiteramos más abajo, este tipo de sistemas no genera sectores expresivos independientes, plurales y comprometidos con la democracia.

Complementando el núcleo de su propuesta, Smiers también propone otras alternativas para cuando el sacrosanto mercado sea insuficiente: un usufructo temporal a favor de los inversionistas y, como último recurso, subsidios del Estado⁶¹⁸. De entrada, si el núcleo de la propuesta de Smiers no es acorde con lo que señala el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, los complementos a ese núcleo poco pueden hacer para enderezar la situación. Además de que, por si mismos, merecen algunas críticas.

La propuesta de un usufructo temporal, aplicable sólo en casos limitados, no sirve para generarle ingresos al autor, pues se trata de un derecho que se concedería al que invirtiera dinero, es decir, *favorece al empresario y no al autor*. Incluso en los casos en que fuese el propio autor quien invirtiera el dinero y resultase el beneficiario del usufructo, eso no encontraría fácil acomodo con las exigencias del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, pues no se le está beneficiando al autor por su condición de autor, sino por su condición de inversionista; es decir, no es una recompensa a la creatividad, sino a la iniciativa empresarial y solvencia económica para levantar un proyecto. Amén, de que este usufructo sólo aplicaría en casos de grandes inversiones, por lo que serían pocos los autores que tuvieran los recursos para poder realizarlas y beneficiarse del usufructo temporal. Además, la limitadísima duración de un año que tendría ese usufructo, difícilmente procurará un nivel digno de vida al autor en la mayoría de los casos.

Por lo que hace a los subsidios del Estado, consideramos que son normalmente benéficos, en tanto sirven para crear obras experimentales y de vanguardia, permiten las primeras creaciones de autores noveles, dan cabida a autores marginados y permiten la existencia de obras con poca viabilidad comercial. Incluso en sistemas donde existen los derechos de autor, los subsidios e incentivos estatales son un importante apoyo adicional, como sucede en Francia (ejemplo paradigmático) o, incluso, en México⁶¹⁹. Así, los incentivos estatales en un sistema con derechos de autor, son útiles para cubrir los huecos que estos últimos dejan o, por lo menos, para hacer más efectivos tales derechos.

Empero, y aunque el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral admite que se remunere a los autores a través de subsidios (por ser pagos únicos), estos sirven de poco en un sistema donde el núcleo de los ingresos de los autores provendría de la

⁶¹⁸ *Cfr. supra* las notas al pie 569 y 570 del presente capítulo.

⁶¹⁹ La sinergia entre derechos de autor e incentivos estatales quedó demostrada con el incentivo fiscal a la producción cinematográfica previsto en el a. 226 de la Ley del Impuesto sobre Renta, el cual sirvió para reactivar la industria cinematográfica mexicana, de forma que de 2006 a la fecha, el número de películas producidas al año ha aumentado exponencialmente a niveles no vistos en más de una década.

Esto ha servido, no sólo para tener más obras (más expresiones culturales mexicanas), sino para aumentar en el número de directores que han debutado (entre 2000 y 2008 debutaron 127 directores de largometrajes, lo que equivale a un incremento cercano al 20% de la población de cineastas que acumuló el s. XX. Sobre esto, *cfr.* Ciuk, Perla, *Diccionario de directores del cine mexicano*, México, 2a. ed., IMCINE / CONACULTA, 2009, t. I, pp. XI y XII), y como consecuencia, en la posibilidad de que estos directores, además de su salario y la contraprestación por ceder al productor sus derechos de explotación, puedan cobrar regalías por los ingresos generados de la exhibición de sus películas.

suerte que tengan en el mercado y sin protección alguna. Por las propias limitaciones de los estados (que también deben atender otras necesidades, como salud, educación y seguridad), los autores beneficiados de estos subsidios serían unos pocos, por lo que en poco contribuirían, en ese contexto, a la observancia generalizada del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral. Además, recuérdese que en la propuesta de Smiers, los subsidios sólo se concederían en casos excepcionales en que no funcionara el usufructo temporal de un año; esto se traduciría en una inobservancia general del referido derecho fundamental.

En otro orden de ideas, y dejando a un lado el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, resulta que las posturas abolicionistas también son criticables a la luz de *otros derechos fundamentales* como el derecho a la información o el derecho a la cultura. Veamos.

Como explicamos en su oportunidad⁶²⁰, la relación entre derecho a la información y derechos de autor es paradójica, pues se refuerzan y afectan mutuamente, aunque del balance final se puede concluir que son más los beneficios que los derechos de autor le reportan al derecho a la información, que los perjuicios que le significan⁶²¹. De esta forma, la desaparición de los derechos de autor es algo que, inmediatamente, repercutiría negativamente en el derecho a la información.

En particular, se afectaría la llamada *función de producción* que tienen los derechos de autor respecto del derecho a la información, pues sin los incentivos económicos que significan los primeros, se dejarían de producir muchas obras, lo que se reflejaría en que habría un menor número de expresiones del pensamiento humano⁶²². Además de que se generaría un incentivo negativo, derivado de un mercado donde cualquiera puede explotar libremente las obras y el autor competiría sólo con sus habilidades empresariales, sin ninguna protección sobre su obra, y (teóricamente) en igualdad de circunstancias con todos los demás oferentes de esa obra.

De la misma manera, y como ya adelantamos, existiría también una afectación a la *función estructural* que tienen los derechos de autor respecto del derecho a la información, pues al incentivarse el acudir a los mecenas y patrocinadores (como sugiere Smiers), efectivamente regresaríamos a una situación semejante a la del Renacimiento, donde no existía un sector creativo independiente y autosuficiente, estando los creadores subordinados a los grandes intereses económicos y políticos, y en donde las obras reflejaban más la ideología de los mecenas que la de los autores, lo que afectaría seriamente el pluralismo que fomenta el derecho a la información⁶²³.

Perjuicios similares resentiría el derecho a la cultura, pues un panorama en donde cualquiera puede explotar las obras, puede tergiversarlas, omitir el nombre del autor, etc., generaría un desincentivo a la creación, pues si un autor no puede sacarle provecho a su esfuerzo creativo, mejor dedicará su tiempo y esfuerzo a otras fuentes de subsistencia, y no a la creación de obras. Esto, evidentemente, disminuye la riqueza y la pluralidad cultural, al no existir condiciones para la generación de expresiones culturales⁶²⁴.

⁶²⁰ Vid. el capítulo cuarto, apartado 10.1.4, de la presente investigación.

⁶²¹ Cfr. Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 10; y Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 233, p. 458.

⁶²² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, pp. 86 a 88; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 169; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 76, p. 113.

⁶²³ Para más detalles sobre la afectación a la función estructural, *vid.* Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 176, p. 89.

⁶²⁴ Cfr. por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, "El intercambio cultural de México con los demás países. Aspectos jurídico-institucionales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XX, núms., 127 a 129, enero-junio 1983, p. 197; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota

En este sentido, no está de más traer a colación la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, cuyo preámbulo reconoce “la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural”.

Mientras que la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (que si bien no es una norma jurídica, es un documento impulsado por la UNESCO que nos da muchas luces sobre políticas culturales⁶²⁵), en su a. 5.a establece que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural incluye que se le protejan sus “intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural”.

Asimismo, volvemos a traer a colación las palabras de Rodolfo Stavenhagen:

Los derechos a la propiedad intelectual, así como al reconocimiento y la remuneración de los autores de los productos y bienes culturales constituyen una parte importante de los derechos culturales en la actualidad. Cualquier negación o restricción al respecto puede ser considerada como una violación de los derechos humanos⁶²⁶.

Por lo que queda claro que la desaparición de los derechos de autor afectaría seriamente el derecho a la cultura.

En conclusión, la abolición de los derechos de autor no es una alternativa a considerarse por donde se le vea (incluyendo, desde la óptica de los derechos fundamentales involucrados).

4.2.2.- Minimización de los derechos de autor.

Otro grupo de pensadores no comparte la opinión de que los derechos de autor deban desaparecer⁶²⁷, sin embargo, sí son partidarios de reducirlos a su mínima expresión⁶²⁸.

Por ejemplo, dentro de esa corriente encontramos a Halbert, quien luego de criticar que el *copyright* proteja sólo a las grandes empresas, afirma que dicha protección jurídica debe ser limitada fuertemente, por lo que únicamente debe abarcar lo *mínimo* necesario para proteger una obra creativa, de manera que propone la desaparición de las facultades de comunicación pública y transformación, por lo que sólo violaría el *copyright* quien copie directamente la obra⁶²⁹.

En la misma tónica, James Boyle considera que el sistema está mal de raíz, pues parte de premisas económicas no comprobadas empíricamente y de una visión

76, p. 383; Del Corral, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005, p. 3.

⁶²⁵ Además de que ha sido utilizado como herramienta por el Comité DESC para interpretar el a. 15 del PISEC, como se puede constatar en la observación general 21 de dicho organismo.

⁶²⁶ Stavenhagen, Rodolfo, “Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.

⁶²⁷ Como ejemplo, Lessig está en contra de la abolición del *copyright*, pues considera que este sólo debe ser cambiado. Cfr. Lessig, Lawrence, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Londres, Bloomsbury, 2008, p. 253.

Asimismo, afirma este autor que: “a large, diverse, and modern society cannot flourish without intellectual property”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 28.

⁶²⁸ Quienes buscan la *dilución* de los derechos de autor en Internet también han sido clasificados por algunos pensadores como “anarquistas”. Cfr. Eckersley, Peter, “Virtual markets for virtual goods: the mirrow image of digital copyright?”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 18, núm. 1, otoño 2004, p. 87.

⁶²⁹ Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 304, pp. 158 y 159.

romántica de lo que es un autor⁶³⁰, por lo que propone una reducción *a gran escala* de los derechos de propiedad intelectual y la ampliación del dominio público⁶³¹.

Ideas similares encontramos en Vaidhyanathan, quien opina que la principal preocupación de los derechos de autor debiera ser el favorecer a los consumidores y usuarios⁶³², inclinándose por una regulación “delgada” de estos derechos⁶³³, y siendo muy crítico con la facultad de transformación⁶³⁴.

Aunque, probablemente, es Lawrence Lessig el representante más conocido de esta corriente. De hecho, si bien no está en contra del *copyright* como tal, sí aboga por una versión muy *mínima* de esta regulación, que sólo proteja cierta clase de obras⁶³⁵ y con un alcance muy limitado.

En su libro *Free culture*, Lessig propone una estrategia en dos etapas: la primera de corto plazo (lo que nos correspondería hacer a “nosotros”) y la segunda de mediano plazo (que implica reformas legales)⁶³⁶.

La primera etapa, ya puesta en marcha, consiste en las licencias *creative commons*, las cuales se basan en las reglas vigentes sobre *copyright*, y sirven para que los autores licencien gratuitamente el uso de sus obras de forma irrevocable; su propósito es reconstruir el dominio público, para que se puedan utilizar gratuitamente las obras ajenas⁶³⁷.

En el apartado 4.2.4 *infra*, explicamos con más detalle el fenómeno *Creative Commons*, pero por el momento sólo queremos destacar cómo, contrario a lo que dicen sus portavoces oficiales, este tipo de licencias forman parte de una estrategia general para debilitar el sistema de derechos de autor y fomentar el uso no remunerado de obras⁶³⁸. No se trata de una propuesta “neutral y equilibrada” como se le quiere hacer pasar, sino que es una herramienta expresamente diseñada para “extraer” obras del régimen de derechos autor (o al menos, para diluir a estos derechos por la vía contractual).

Desde luego, en el mismo apartado destacamos los puntos positivos de esas licencias, así como formulamos las críticas correspondientes, sobre todo, lo concerniente su anglocentrismo.

La segunda etapa que propone Lessig consiste en una serie de reformas legales para reducir la protección autoral a la mínima expresión, mismas que son las siguientes:

a) Aumentar las formalidades.- Lessig critica que, para solicitar una licencia de uso, a veces sea difícil saber quién es el titular de los derechos sobre la obra, además que considera una anomalía la ausencia de formalidades, pues argumenta que, al comprar un inmueble o un coche, siempre es necesario registrarlos⁶³⁹. De manera que *propone tres*

⁶³⁰ Boyle, James, *Shamans, software & spleens*, EUA, Harvard University Press, 1996, p. 175.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 183.

⁶³² Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, pp. 5 y 162.

⁶³³ *Ibidem*, pp. 5 y 15.

⁶³⁴ *Ibidem*, pp. 84 a 86.

⁶³⁵ “So to get Hollywood films, some kinds of blockbuster movies, maybe Justin Timberlake-like music, and maybe a few types of books, we run a copyright system”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, p. 292.

⁶³⁶ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 275, 276 y 287.

⁶³⁷ *Ibidem*, pp. 282 a 286.

⁶³⁸ De hecho, el propio Lessig reconoce que *Creative Commons* es sólo un paso intermedio hacia la modificación del sistema de protección: “I’m the first to argue that CC is just a step to rational copyright reform, not itself an ultimate solution”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, p. 279.

⁶³⁹ Aquí encontramos una falacia más de Lessig. Ya que, comúnmente, en materia del derecho real de propiedad, el registro no es el que otorga el derecho (no es constitutivo de derechos), sino una formalidad posterior.

formalidades para obtener la protección: el etiquetado de las obras, su registro y la renovación periódica de este registro⁶⁴⁰.

Afirma este profesor que no existe razón para la que la protección a una obra sea gratuita⁶⁴¹, por lo que propone un registro constitutivo de derechos que dure únicamente 5 años, y que sea susceptible de renovación por periodos de la misma duración, hasta alcanzar un máximo de 75 años⁶⁴². También propone que este registro se haga por Internet y a cambio de una pequeña tarifa (como el registro de nombres de dominio), bajo la supervisión de la Oficina de *Copyright* de los EUA⁶⁴³, lo que implica que se trata de registros de eficacia meramente nacional.

b) Reducir los plazos de protección.- En su obra *The future of ideas*, Lessig proponía reducir la duración del *copyright* a 75 años nada más (y eso sólo en el caso de que se hicieran las 15 renovaciones quinquenales)⁶⁴⁴, pero en *Free culture* reculó y afirmó que, más bien, debería buscarse un plazo similar al que existía antes de 1976, que en los EUA era un promedio 32.2 años⁶⁴⁵.

c) Reducir la facultad de transformación.- Lessig critica la facultad de transformación afirmando que la Constitución de los EUA sólo otorga derechos a los autores sobre “sus escritos” y que las obras derivadas no son “escritos” de los autores de las obras primigenias, además de que inhibe la creatividad de otras personas. Por lo tanto, propone que la facultad de transformación tenga una duración menor que otras facultades del *copyright* (aunque no dice cuánto), así como también propone reducir el alcance mismo de dicha facultad, de manera que sólo sirva para controlar obras derivadas que se usen con fines de lucro⁶⁴⁶.

d) Establecer licencias legales para el uso de música en Internet.- Propone crear un sistema de algo parecido a derechos de simple remuneración⁶⁴⁷. Esta propuesta la exponemos y valoramos con mayor detalle en el apartado 4.2.6 *infra*.

e) Despedir muchos abogados.- Lessig estima que el derecho sólo debe regular ciertas áreas de la cultura cuando lo haga para bien⁶⁴⁸, criticando la torpeza y el rol que han jugado los abogados (así, en general) en los debates sobre derechos de autor, por lo que

En efecto, el derecho de propiedad, al menos en la tradición neorromana, no se genera ni se adquiere por virtud de una inscripción registral, toda vez que la función del registro es meramente dar publicidad sobre ciertas situaciones y actos jurídicos. *Cfr.* De Pina, Rafael, *Elementos derecho civil mexicano*, México, 14a. ed., Porrúa, 1994, vol. II, pp. 224 a 230; Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, 5a. ed., Porrúa, 1994, pp. 369 a 376.

⁶⁴⁰ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 287 y 288.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 293.

⁶⁴² Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 302, pp. 251 y 252; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 22 y 293.

⁶⁴³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 289.

⁶⁴⁴ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 302, pp. 251 y 252.

⁶⁴⁵ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 293.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 296 y ss.

⁶⁴⁸ ¿Para el bien de quién?, habría que preguntarnos ante un razonamiento tan simplista, pues en materia de derechos de autor, prácticamente cualquier cambio que se haga, beneficiará a un sector, pero perjudicará otro.

considera que los abogados deben mantenerse alejados del debate⁶⁴⁹. Aunque fuera de esas afirmaciones, Lessig no aterriza sus ideas en ninguna propuesta particular⁶⁵⁰.

Las propuestas de Lessig para minimizar los derechos de autor no quedan en las ya reseñadas, pues en su más reciente obra en la materia, *Remix*, propone una serie de medidas adicionales:

f) “Desregular la creatividad amateur”.- El título que le da Lessig a esta propuesta es un poco engañoso, pues aunque incluye la libre realización de obras derivadas (es decir, una seria disminución de la facultad de transformación), en realidad propone que *todo uso no comercial* de una obra no esté regulado y pueda hacerse sin autorización. Esto va más allá que el mero *fair use* (restricción al derecho de explotación), el cual implica una regulación jurídica, sino que se trata de dejar los usos no comerciales fuera del ámbito del derecho⁶⁵¹.

g) Simplificar las normas jurídicas.- El *copyright* es un sistema jurídico muy complejo y técnico, afirma Lessig, por lo que debe simplificarse. En particular ataca la doctrina del *fair use*, por ineficiente y porque sólo puede ser manejada por abogados y no por el público en general⁶⁵². Incluso, la crítica de Lessig llega al extremo de (sorprendentemente) proponer abandonar un sistema de restricciones tan abierto, y acercarse a un sistema más cerrado como el de *droit d’auteur*:

Fair use could do its work better if Congress followed in part the practice of European copyright systems. Specifically, Congress could specify certain uses that were beyond the scope of copyright law. Congress should not follow the Europeans completely, however. The flexibility of existing fair- use law does encourage development of the law⁶⁵³.

Por nuestra parte, estimamos que el *fair use* tiene muchos puntos rescatables, y no consideramos esa doctrina tan perniciosa e impredecible como afirma Lessig⁶⁵⁴. Empero, en este punto, coincidimos en esencia con Lessig, pues lo ideal en un sistema de restricciones es el sano equilibrio, donde haya seguridad jurídica y flexibilidad⁶⁵⁵.

h) “Despenalizar el copiado”.- De nueva cuenta, el título que le da Lessig a esta propuesta es muy engañoso, pues va más allá que el pugnar por la no aplicación del derecho penal a la materia, sino que, en realidad, se trata de disminuir drásticamente la facultad de reproducción, quitarle su neutralidad tecnológica y dejarla obsoleta ante las nuevas tecnologías. Veamos.

⁶⁴⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, pp. 304 a 306.

⁶⁵⁰ Dado lo poco substancial de esta propuesta, no nos detendremos a criticarla, sino que sólo haremos una breve observación.

Si bien hay que tomar en cuenta el tono ligero y hasta humorístico con el que Lessig nos anima a despedir abogados, hay que recordar que una política pública sería no puede tomar a la ligera los despidos masivos; el desempleo y el subempleo son situaciones muy delicadas (y, en principio, nada deseables). Asimismo, una política sería no puede estar basada en el silenciamiento de un sector de la sociedad.

⁶⁵¹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, pp. 254 y 255.

⁶⁵² *Ibidem*, pp. 266 y 267.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 267.

⁶⁵⁴ Sobre esto *vid.* el apartado 9.1 del capítulo cuarto de la presente investigación, en particular las conclusiones de Pamela Samuelson que ahí se incluyen, así como el estudio empírico de Barton.

⁶⁵⁵ *Vid. infra* el apartado 6 donde hacemos nuestra propuesta en cuanto a los perfiles adecuados para las restricciones al derecho de explotación.

Inicia Lessig afirmando que esta es su *propuesta más importante*, y consiste en que el derecho no regule “copias” o “reproducciones”, sino más bien usos concretos y específicos de obras⁶⁵⁶. Por lo que se debe regresar a la tradición de EUA de que sea el legislador quien expresamente señale qué usos deben estar protegidos en ley (dejando, automáticamente fuera, el resto de usos no mencionados), los cuales deben atender al criterio de que sean usos con impacto comercial para el titular de derechos⁶⁵⁷.

Una vez expuestas las principales posturas que proponen la minimización de los derechos de autor, pasaremos a su crítica y exposición de sus deficiencias, haciendo especial hincapié en sus repercusiones en materia de derechos fundamentales.

Y en ese sentido, hay que empezar diciendo que las posturas de este tipo no son compatibles con las exigencias de los derechos fundamentales, en particular con las del derecho a la protección jurídico-autoral. En efecto, mientras que desde un punto de vista iusfundamental, el garantizar un nivel de vida digno a los autores es lo *mínimo* a lo que puede aspirarse⁶⁵⁸, las posturas que ahora se critican ven eso como el *máximo* a donde deberían llegar los derechos de autor, sin que sea válido que los creadores reciban algo más que lo estrictamente indispensable⁶⁵⁹.

Las posturas que ahora se critican son contrarias a los mandatos de optimización propios de los derechos fundamentales⁶⁶⁰, pues mientras el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral ordena a los estados que protejan los intereses económicos de los autores *en la mayor medida de lo posible*, los doctrinarios analizados en este apartado defienden que los autores sí merecen una protección, pero que esa protección debe ser concedida por el Estado *en la menor medida de lo posible* (y, desde luego, sin afectar a los usuarios de obras).

Así las cosas, es obvio que *minimización* es contrario a *optimización*. Las posturas de minimización se contraponen a la optimización que buscan los derechos fundamentales.

De lo anterior se observa un error en el punto de partida de quienes quieren minimizar los derechos de autor: ven a estos derechos como una *mera política económica* (con implicaciones culturales), pero no aprecian que, en realidad, los

⁶⁵⁶ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, p. 268.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, pp. 269 y 270.

⁶⁵⁸ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 39, inciso c).

Incluso, este Comité no se opone a una *mayor protección* a los autores, al afirmar que el PIDESC “no impide en modo alguno a los Estados Partes adoptar unas normas más elevadas de protección en los tratados internacionales sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores o en la legislación nacional, siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto”. *Ibidem*, párrafo 11.

⁶⁵⁹ *Cfr.* por ejemplo, Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 292; y Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 5.

⁶⁶⁰ Los derechos fundamentales, al estar formulados en normas que son principios, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 602, p. 86.

Como ejemplo, *vid.* también Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 48 y 49; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 558; Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 62 y ss.

Sobre la optimización del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral en particular, *vid.* la observación general 17 del Comité DESC, párrafo 23.

En general, *cfr.* el apartado 3.1 del capítulo primero de la presente investigación.

derechos de autor son mucho más⁶⁶¹. En particular, se olvidan que la protección a los seres humanos que llamamos autores es un *fin por sí mismo* (lo que los hace merecedores de un derecho fundamental que protege sus intereses), y *no sólo un mero instrumento* para beneficiar los intereses de los usuarios o de la sociedad en general.

Esta visión instrumentalista (utilitarista) de quienes impulsan la minimización de los derechos de autor, plantea diversas cuestiones sobre su viabilidad moral y su repercusión en la dignidad de los autores (al verse a estos como un medio y no como un fin)⁶⁶². En particular, incluso en la visión mínima del *copyright* que proponen, los intereses de los propios autores están relegados a un segundo plano, pues la protección jurídica estaría enfocada a estimular el financiamiento de cierto tipo de obras de carácter comercial⁶⁶³, y no tanto para proteger los diversos intereses de los autores.

Peor aun, los teóricos aquí criticados no ven que el sistema internacional de derechos fundamentales ordena que se proteja a los autores *en la mayor medida de lo posible*, por lo que no basta tener un derecho de autor mínimo para ciertos fines comerciales, sino que, atendiendo a la obligación de *progresividad*, los estados deben avanzar lo más rápido posible hacia un sistema en donde se obtenga la más amplia protección a los autores (dentro de lo jurídico y fácticamente posible)⁶⁶⁴.

En este sentido es muy claro el a. 2.1 del PIDESC:

2.1.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De esta obligación de progresividad, aplicada particularmente al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, se desprende que:

El ejercicio progresivo de este derecho durante cierto tiempo significa que los Estados Partes tienen la obligación específica y continua de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la plena aplicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15⁶⁶⁵.

Así, mientras los minimalistas –como Lessig– buscan no dar más de lo estrictamente indispensable, los derechos fundamentales buscan que a los autores se les dé lo más posible (hasta donde los derechos de otros lo permitan).

⁶⁶¹ Aquí aparece otra vez el anglocentrismo típico de estas posturas, con la predominancia del enfoque utilitarista y comercial propio de los sistemas de *copyright*.

⁶⁶² Por ejemplo, Lessig considera que las posturas europeas que se preocupan por respetar la dignidad de los autores, son *absurdas* para crear políticas públicas en la materia. Cfr. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 250.

Ese menosprecio por la dignidad de los autores es absolutamente contrario a lo que establece la DUDH o el PIDESC, y choca totalmente con lo dicho por el Comité DESC en el sentido de que el derecho de los autores a estar protegidos en sus intereses económicos y morales “deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”. Cfr. la observación general número 17 de ese comité, párrafo 1.

⁶⁶³ O como diría Lessig: películas de Hollywood, música *pop* tipo Justin Timberlake y cierto tipo de libros. Cfr. *supra* la nota al pie 635 del presente capítulo.

⁶⁶⁴ En este sentido, Carbonell nos explica: “la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse en forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una ‘mejora continua de las condiciones de existencia’, como lo ordena el artículo 11 del Pacto”. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM / CNDH, 2005, p. 793.

⁶⁶⁵ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 16.

Bien afirma Cornides⁶⁶⁶ que la protección de la propiedad intelectual no debe de ser ni muy modesta (como proponen los minimalistas), pero tampoco excesiva, ya que cualquier desviación del equilibrio frustraría sus finalidades e implicaría una injusticia.

Además, las propuestas de quienes desean reducir los derechos de autor a su mínima expresión, son medidas claramente *regresivas*, que implican varios pasos atrás respecto de lo logrado por los estados para proteger los intereses económicos de los autores. Por ejemplo, de tener una protección automática se retrocedería a sólo proteger a quienes registrasen sus obras, de proteger todo tipo de obras se retrocedería a proteger sólo cierta clase de obras, de proteger *prima facie* todas las utilizaciones públicas de las obras se retrocedería al grado de excluir la comunicación pública y la transformación (y muchos tipos de reproducciones), de tener una protección prácticamente universal se retrocedería a una protección fragmentaria dividida por fronteras, etc.

De esta forma, si se atendieran las propuestas de los doctrinarios en glosa, los países irían en contra de la *prohibición de regresividad* que se deriva de los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales (y que, desde luego, aplica al derecho a la protección jurídico-autoral), sobre lo cual nos refiere la más destacada doctrina en la materia:

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido⁶⁶⁷ (énfasis en el original).

Ya concretamente sobre el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, el Comité DESC se ha pronunciado claramente sobre la prohibición de tomar medidas regresivas en cuanto a la protección de los autores, como se aprecia a continuación:

27. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una *fuerte* presunción de que *no es permisible adoptar medidas regresivas* en relación con el derecho a la protección de los intereses morales y materiales del autor. Si se adoptan deliberadamente medidas regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han adoptado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto.

(...)

42. Las violaciones del derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. *La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas* previstas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, a las que se hace referencia en el párrafo 41 supra, *constituye una violación de ese derecho*. Entre las violaciones resultantes de actos de omisión figura la derogación formal o la suspensión injustificada de la legislación que protege los intereses morales y materiales que correspondan a una persona por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas⁶⁶⁸. (Énfasis añadido).

⁶⁶⁶ Cornides, Jakob, “Human rights and intellectual property. Conflict or convergence?”, *The journal of world intellectual property*, Ginebra, vol. 7, núm. 2, marzo 2004, p. 150.

⁶⁶⁷ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2a. ed., Trotta, 2004, pp. 93 y 94.

⁶⁶⁸ Observación general, párrafos 27 y 42.

En otro orden de ideas, es común en todos estos postulantes de la minimización de los derechos de autor, una posición adversa a la facultad de transformación. Empero, esa postura crítica a tal facultad del derecho de explotación parte de una premisa errónea: que para poder crear cualquier obra hoy en día, los autores necesitan transformar obras preexistentes⁶⁶⁹, de manera que la facultad de transformación sobre las obras preexistentes es una traba para la creación de nuevas obras⁶⁷⁰. Veamos lo poco precisa de esa afirmación.

El asumir que toda obra es, *per se*, una obra derivada, y que por lo tanto, siempre es necesario pedir permiso a los titulares de derechos sobre las obras preexistentes, es francamente equivocada. Esto en virtud de que, para que una obra pueda ser considerada como derivada, no basta que tome cualquier elemento de una obra previa⁶⁷¹, sino que debe tomar *elementos creativos*, es decir, los elementos *originales* que aportó su respectivo autor⁶⁷².

Si lo que se está tomando de obras previas son ideas, informaciones, elementos de uso común, etc., no estaremos frente a la creación de una obra derivada, y por lo tanto, no se necesitará pedir autorización a los autores de las obras preexistentes⁶⁷³. Dicho permiso tampoco será necesario si la obra está en el dominio público.

Por ende, si al crear una obra no se está tomando la forma de expresión (elementos creativos) que utilizó el autor de una obra preexiste, no habrá obra derivada y no será aplicable la facultad de transformación relativa a la obra preexistente; de manera que

la delimitación entre lo que debe permanecer en el dominio público –la idea, el estilo, el método, etc.– y lo que es susceptible de apropiación individual –la forma– será lo que determine la extensión de su derecho de autor frente a actuaciones de terceros, pues de aquél depende directamente el contenido protegible de una obra concreta⁶⁷⁴.

De esta forma, para que una medida regresiva sea considerada lícita, se requiere aprobar el principio de proporcionalidad y no atentar contra el contenido esencial del derecho a la protección jurídico-autoral; existiendo una *fuerte* presunción de que la regresividad es violatoria del PIDESC.

⁶⁶⁹ Por ejemplo, esta idea es expuesta por Posner y Landes, quienes afirman: “Creating a new expressive work typically involves borrowing or building on material from a prior body of Works, as well as adding original expression to it. A new work of fiction, for example, will contain the author’s expressive contribution but also characters, situations, plot details, and so forth that were invented (sic) by previous authors”. Landes, William M., y Posner, *op. cit.*, nota 530, pp. 66 y 67.

⁶⁷⁰ En este sentido, afirma Lessig: “The building of a permission culture rather than a free culture, is the first important way in which the changes I have described will burden innovation. A permission culture means a lawyer’s culture – a culture in which the ability to create requires a call to your lawyer”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 192.

⁶⁷¹ En este sentido, Satanowsky nos indica con claridad: “El objeto del derecho exclusivo del autor es sólo la ‘obra’. El derecho de autor no atribuye ninguna exclusividad acerca del ‘contenido’ de la obra, ni en el campo abstracto, ni en el de la aplicación práctica. Una exclusividad en estos campos no podría concebirse sino por las ideas que en la obra se expresan y estas ‘ideas’ no son el objeto de la exclusividad de explotación reservada al autor: reservada es sólo su individual concreción en la obra, en la ‘imagen’ personal presentada por el autor”. Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 159.

⁶⁷² Como bien dice Delia Lipszyc, “en la obra derivada se suman los elementos creativos tomados de la anterior y los aportados en la nueva obra”. Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 112.

⁶⁷³ “Las ideas que sirven de base a las obras intelectuales, son sólo componentes de la obra. Son expresiones subjetivas e intangibles y tan pronto como se difunden todos están en condiciones de disfrutarlas sin que pueda pretenderse ningún derecho”. Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 671, p. 156.

⁶⁷⁴ Saiz García, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 105.

De esta forma, un número muy considerable de obras que se crean no admiten el calificativo de obras derivadas, y por lo tanto, quedan fuera del ámbito de la facultad de transformación.

Pongamos un ejemplo de actualidad. En los últimos tiempos la saga de Harry Potter ha sido un verdadero fenómeno en el ámbito editorial, por lo que es pertinente como ejemplo. En dichos libros se aprecia, evidentemente, que su autora, J.K. Rowling bebió de muchas fuentes de la cultura preexistente para crear sus obras; en particular, es destacable la influencia de Tolkien (utilización de criaturas como los trolls o elfos, o la aparición de un mago anciano, sabio y muy poderoso), del tono de la literatura infantil de Robert Dahl (sobre todo en los capítulos iniciales de los primeros libros), y de las obras que plantean la posibilidad de que los niños atraviesen alguna barrera para llegar a algún mundo mágico (desde Lewis Carroll, pasando por C.S. Lewis y Michael Ende), hasta el eterno tema de la batalla entre el bien y el mal.

Sin embargo, las creaciones de Rowling no son obras derivadas, pues no tomó elementos creativos de las obras de los autores mencionados, sino sólo ideas, ambientes, lugares comunes, etc. Por lo tanto, Rowling no se vio, en modo alguno, impedida para crear sus obras por el hecho de que todavía subsistan derechos de autor sobre las obras de Tolkien, Dahl o Ende, ni tuvo que pedirles permiso o autorización.

De esta manera, es falso que los autores actuales no puedan crear por culpa de la facultad de transformación, y que esta obstaculice la generación de nueva cultura, pues para un amplio sector de obras, que no tienen la calidad de derivadas, es inocua la facultad de transformación.

Por otro lado, por lo que hace a las obras derivadas, la facultad de transformación, en sí misma, sirve para promover la creatividad, como nos indica Silke Von Lewinski, investigadora del Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual, Competencia y Derecho Fiscal y profesora del Franklin Pierce Law Center:

creativity is encouraged firstly by expressing respect for the existing creations by means of asking for authorisation. Secondly, the need to ask for authorisation in respect of adaptations may itself promote creativity, even where the authorisation is not granted: the interested person then has to create an independent work himself, which may be much more difficult but more creative than making a simple variation of another person's existing work. It is evident that the addition of ever more cover versions of the same song or variations of the same movie will overall reduce the creativity and cultural diversity and decrease the consumers' interest. Accordingly, an exclusive adaptation right enhances creativity rather than hampering it⁶⁷⁵.

Y es que, en efecto, en muchos casos, el hecho de que se niegue autorización para hacer una obra derivada, forzará al autor a realizar un esfuerzo adicional e imprimir mayor creatividad a sus producciones para no basarse en elementos creativos de otros.

Así, en varias circunstancias, la facultad de transformación no implica que los autores dejen de crear o que sus voces sean silenciadas, sino significa que los autores, en caso de que les sea negada la autorización o no encuentren al titular de derechos, no deberán apoyarse en los elementos protegidos de la obra preexistente (aunque sí pueden

De igual manera, explica Villalba: "En efecto el derecho de autor no protege las ideas contenidas en las obras, ni por ende a las que se expresan por separado. Tampoco protege a los estilos, ni a los géneros", pues "[s]ólo protege a la 'veste sensible' esto es a la forma de expresión, que permite que se mantenga una fuente inacabable de la creación sobre los mismos temas y sobre las mismas ideas". Villalba, Carlos Alberto, "Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos" en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 160.

⁶⁷⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 500.

hacerlo en las ideas o informaciones que contengan), sino que deberán apoyarse en su propia creatividad e imprimirle más originalidad a su obra.

De esta forma, el público se beneficia (en esos casos) de obras más originales y creativas, y menos dependientes de los elementos creativos de obras previas.

Se puede argumentar –válidamente– que existen casos en donde la difusión de obras derivadas es a tal grado importante para la sociedad, que su creación y circulación no deba dejarse al arbitrio del autor. Ante esa situación, la respuesta no es abolir la facultad de transformación, sino echar mano de otras figuras *menos drásticas*. Por ejemplo, si la obra derivada se trata de una traducción de una obra relevante desde el punto de vista científico o educativo se puede pensar en una licencia obligatoria⁶⁷⁶, o es posible echar mano de restricciones al derecho de explotación, por ejemplo aquellas con fines de crítica y respeto al derecho a la información (la parodia) o las que permiten incorporar a una obra fragmentos de otra preexistente (derecho de cita y uso incidental de obras)⁶⁷⁷. Esto nos demuestra la importancia de la figura de las restricciones al derecho de explotación, y la necesidad de perfeccionarla para obtener las soluciones más equilibradas posibles⁶⁷⁸.

Además de que no debemos perder de vista que existe un amplio consenso internacional en que se debe proteger la facultad de transformación de los autores, lo cual ha quedado plasmado en un entramado de disposiciones jurídicas⁶⁷⁹ que se antoja difícil de desmontar.

Por otro lado, la idea de que los derechos de autor deben proteger, primeramente y sobretodo, los intereses de usuarios y consumidores, además de ser abiertamente deudora de la tradición utilitarista del *copyright* (lo que plantea su difícil asimilación en países de la corriente del *droit d'auteur*), es sesgada y parcial. En efecto, dicha postura no oculta la *preferencia* hacia los intereses de los usuarios por encima de los intereses de los autores⁶⁸⁰.

Con ese sesgo intelectual, no se puede arribar a soluciones equilibradas que favorezcan a todos los sujetos involucrados⁶⁸¹, pues se ignora el mandato de optimizar los intereses económicos de los autores, y se olvida que el sistema internacional de derechos fundamentales busca un *equilibrio* entre los intereses de los usuarios y los intereses de los creadores, no una subordinación de los intereses de los autores a los del público.

⁶⁷⁶ Las licencias para traducción son contempladas por varios países, incluyendo México, como se puede apreciar en el a. 147 de la LFDA.

⁶⁷⁷ Para más datos sobre todas esas restricciones al derecho de explotación, remitimos al lector al capítulo cuarto de la presente investigación.

En general, sobre la importancia de estos y otros límites (en sentido amplio) de los derechos de autor, *cfr.* Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 225.

⁶⁷⁸ Sobre esto, *vid. infra* los apartados 5 y 6.

⁶⁷⁹ AA. 8°, 11.2 y 12 del Convenio de Berna; y a. V de la Convención Universal sobre Derecho de Autor; entre otros tratados.

⁶⁸⁰ Un ejemplo de estas posturas en México es la de Sánchez Ambia, quien considera que en caso de contradicción entre los derechos de los autores y los “derechos fundamentales de la colectividad”, deben prevalecer estos últimos, pues opina que “resulta absurdo supeditar el bienestar e interés de la sociedad en general al interés individual de cualquier persona, sobre todo, considerando que es gracias a la sociedad que el autor encuentra inspiración para su creación y de ella depende el éxito o fracaso de la obra y del autor mismo”. Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 452, p. 16.

⁶⁸¹ En este sentido Monroy indica: “hay que afirmar que ese sistema –el de derechos de autor– es un elemento fundamental de la ecuación o balance de derechos e intereses, pues no puede haber equilibrio si resulta que el público puede acceder libre y gratuitamente al disfrute de las obras, y satisfacer su derecho a la educación, cultura o información, mientras que los autores y sus derechohabientes ven como sus derechos se quedan (...) sin aplicación”. Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 150, p. 240.

El pedir que prevalezcan siempre los derechos de los usuarios por sobre los derechos de los autores, es igual de reprochable que abogar por que, en todo caso, prevalezcan los intereses de los autores encima de los del público.

Una vez hechas estas críticas en lo general a las posturas de quienes quieren minimizar los derechos de autor, nos detendremos un poco en las ideas de Lessig, tanto por ser el proyecto más articulado para la minimización de los derechos de autor, como por la influencia que su ideología ha tenido en algunos sectores.

Cabe iniciar indicando que, de aplicar en su conjunto todas las propuestas que hace Lessig, tendríamos como resultado, sumando cada una de ellas, un derecho de explotación *mínimo*, muy delgado.

En efecto, se trataría de un derecho de autor del que no gozarían todos los autores, sino sólo aquellos que registren sus obras y renueven constantemente esos registros (además de repetir estas operaciones en cada uno de los países del mundo donde quieran la protección), y que, asimismo, en todo acto de difusión de las obras pongan las leyendas legales o la información correspondiente. Tampoco quedarían protegidos los autores que sean amateurs; y ya tratándose del caso de los autores que cumplan con todos los requisitos anteriores, la protección que obtendrían sería sólo respecto a lo usos comerciales de la obra; dicha tutela sería, asimismo, de baja duración (de 30 a 75 años se propone); en el caso de la facultad de transformación la duración de la protección sería incluso menor. En general, la protección jurídica no abarcaría todos los tipos de comercialización de las obras, sino sólo los usos que expresa y limitativamente señale el legislador (lo que, además, deja a los autores desprotegidos frente a la aparición de nuevas tecnologías no previstas en la ley); y en el caso de los usos de la música por Internet, los autores sólo contarían con un derecho de simple remuneración, sin tener oportunidad alguna de oponerse a cualquier uso con el que no estén de acuerdo. Todo esto sin mencionar la posibilidad de que, en el caso de los autores que llegasen a gozar de la protección, podría renunciarse irrevocablemente a esta tutela mediante una licencia de *creative commons*.

Es decir, bajo ese sistema, *la regla general sería la desprotección de las obras*, y sólo en pocos casos existiría protección, y además, el alcance de dicha protección sería muy modesto. Resultado: la mayoría de los autores estarían desprotegidos, y en el caso de los pocos autores que pudieran acceder a esa tutela (y conservarla), la misma sería insuficiente para lograr un resultado satisfactorio. Ese panorama, como ya dijimos, es contrario al deber iusfundamental de proteger *a todos* los autores y de protegerlos *efectivamente*.

Independientemente de lo anterior, no está de más también criticar, por sí mismas, cada una de las propuestas de Lessig.

Una de las propuestas más negativas de Lessig es la de volver a implantar (y aumentar) las formalidades para que las obras estén protegidas. De hecho, esa propuesta no oculta el *anglocentrismo* de Lessig, pues se le olvida que el resto del mundo no es igual a los EUA, y que existe un problema muy serio que se llama “brecha digital”⁶⁸²,

⁶⁸² “La brecha digital se define como la separación que existe entre las personas (comunidades, estados, países...) que utilizan las tecnologías de la información y comunicación como una parte rutinaria de su vida diaria y aquellas que no tienen acceso a las mismas y aunque las tengan no saben cómo utilizarlas”. Añadiendo: “La brecha digital puede ser definida en términos de la desigualdad de posibilidades que existen para acceder (sic) a la información, al conocimiento y a la educación mediante las TIC. La brecha digital no se relaciona solamente con aspectos exclusivamente de carácter tecnológico, es un reflejo de una combinación de factores socioeconómicos y en particular de limitaciones y falta de infraestructura de telecomunicaciones e informática”. Martínez Martínez, Evelio, y Serrano Santoyo, Arturo, *La brecha digital: mitos y realidades*, Mexicali, UABC, 2003, p. 8.

pues un amplio número de personas en países en desarrollo no tienen acceso a Internet⁶⁸³, y por lo tanto, los autores más desfavorecidos no podrían registrar sus obras en línea. De esta forma, sólo los autores con acceso a Internet tendrían la posibilidad de protegerse y el resto no.

Creemos que eso es un *trato discriminatorio* en contra de los autores de sectores social y económicamente desfavorecidos, poniéndose una carga a los creadores más necesitados de protección. Por lo tanto, de entrada, la propuesta Lessig es contraria al *principio de igualdad* previsto en muchas constituciones del mundo y en diversos tratados sobre derechos fundamentales, incluyendo el propio PIDESC⁶⁸⁴.

Pero además, es contrario a los deberes de los estados, derivados del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral. En particular, es contraria a la condición de *accesibilidad económica (asequibilidad)* porque el acceso a los órganos administrativos de protección a los autores no se basaría en un principio de equidad y no estarían asequibles a todos, como ordena el PIDESC⁶⁸⁵.

Asimismo, establecer esos formalismos se traduciría en una violación a la *obligación de proteger*, derivada del a. 15 del PIDESC:

Las violaciones de la obligación de proteger dimanarían del hecho de que un Estado *no adopte todas las medidas necesarias para proteger a los autores* que se encuentren dentro de su jurisdicción⁶⁸⁶ contra las violaciones por terceros de sus intereses morales y materiales. Figuran en esta categoría omisiones tales como el hecho de no promulgar o hacer cumplir leyes que prohíban *todo uso* de producciones científicas, literarias o artísticas incompatible con el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones científicas, literarias o artísticas, o que deforme, mutile o modifique de cualquier otra manera esas producciones o atente contra ellas de manera que cause perjuicio a su honor o reputación, o que interfiera de forma injustificable en esos intereses materiales, que son necesarios para que los autores gocen de un nivel de vida adecuado; y el hecho de *no asegurar que los autores, en particular a los autores indígenas*, reciban una compensación adecuada de terceros por los perjuicios no razonables que hayan sufrido como consecuencia del *uso no autorizado* de sus producciones científicas, literarias y artísticas⁶⁸⁷. (Énfasis añadido).

La propuesta del registro (y renovaciones periódicas) de obras por Internet, reduciría en mucho el número de autores protegidos, contrariando así la obligación iusfundamental de proteger que tienen los estados. Y, evidentemente, se traduciría en desprotección a los autores indígenas.

De hecho, en México sería impensable instaurar un régimen así, pues cerca de la mitad de nuestra población viven en condiciones de pobreza, y sólo un grupo reducido de personas (principalmente en zonas urbanas) tiene acceso a Internet.

¿Qué opina Lessig sobre la desprotección generalizada que se produciría en los países en desarrollo en caso de implementarse su propuesta? Quien sabe. Nosotros

Asimismo, *cfr.* Paré, Daniel, "The digital divide: why the 'The' is misleading" en Klang, Mathias, y Murray, Andrew (coords.), *Human rights in the digital age*, Nueva York, Glass House Press, 2006, pp. 85 y ss.

⁶⁸³ En promedio, en Latinoamérica el porcentaje de la población que tiene acceso a Internet es el 28.6%, en Asia es el 17.2% y en África el 5.6%. *Vid.* Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 71, p. 2404.

⁶⁸⁴ El Comité DESC afirma que "el Pacto impone claramente a cada Estado el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para que *toda persona* pueda *acceder en pie de igualdad* a procedimientos efectivos de *protección* de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" (énfasis añadido). Observación general 17, párrafo 47.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 18.b.

⁶⁸⁶ Nótese que se debe proteger a los autores en general, y no distinguir entre autores de obra registrada y autores de obra no registrada.

⁶⁸⁷ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 45.

personalmente le planteamos esos puntos a Lessig, pero este se negó a dar una respuesta.

Además, esta propuesta se traduciría en una mayor protección para los creadores de países desarrollados (con mayor acceso a Internet), y se generaría más desprotección de los autores de los países en vías de desarrollo. Evidentemente, quienes saldrían beneficiadas con la propuesta de Lessig serían las grandes potencias, no países como México. Esto abonaría a profundizar la llamada disparidad “norte-sur”.

Pero incluso, en un mundo hipotético, en el que todos tuvieran acceso a Internet, el propósito del registro y las renovaciones es que *no todos los autores estén protegidos* (es decir, las formalidades son cargas destinadas a lograr una mayor desprotección, y el uso gratuito de más obras), lo cual es absolutamente contrario a lo que ordenan instrumentos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, los cuales establecen que la protección de los intereses morales y materiales debe ser *para toda persona*.

De esta forma, mientras que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral busca que se protejan los intereses del *mayor* número de autores, la propuesta de Lessig es que se proteja a un *menor* número de autores.

Bien afirma Delgado Porras que, a la luz de los tratados de derechos humanos, y en particular tomando en cuenta el derecho de los autores a ser protegidos, “la universalidad en el goce de este derecho (...) no debería estar condicionada a circunstancia alguna, ya se trate de requisitos formales, ya de la nacionalidad o del domicilio del autor”⁶⁸⁸. De igual forma, Villalba indica que debido a los derechos humanos de los autores, la protección debe nacer por el acto de la creación, y no por un acto del Estado⁶⁸⁹.

La propuesta de Lessig implica, también, una violación a la prohibición de *regresividad*, pues desde principios del s. XX los estados han avanzado en la protección de los autores en el sentido de ir abandonando las formalidades. El abandono del registro y otros formalismos como requisito de adquisición de los derechos de autor, se ha traducido en una protección a un mayor número de autores, y por ende, en la protección de un amplio número de creadores que hubieran quedado desprotegidos⁶⁹⁰.

Antes, no había mayor justificación para hacer depender el nacimiento de los derechos de autor de un acto administrativo de registro. En contra, la justificación que ahora nos da Lessig para regresar a un sistema registral (además de la mencionada tradición jurídica estadounidense), es que no todas las obras creadas estén protegidas, sino sólo parte de ellas⁶⁹¹; es decir, *lo que busca Lessig es la desprotección (parcial) de las creaciones del intelecto*.

Y en efecto, el regreso a las formalidades registrales derivaría en esa desprotección para varios autores, como nos demuestra la experiencia histórica:

Domestic laws that conditioned protection on compliance with formalities frequently had the effect of stripping copyright owners of their rights under those laws. As Professor Greene

⁶⁸⁸ Delgado Porras, Antonio, “El derecho de autor y el derecho ‘humano’ del autor” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, pp. 85 y 87.

⁶⁸⁹ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 674, p. 153.

⁶⁹⁰ Como bien explica McDonald, los legisladores se han percatado de lo injusto que es para los autores el nacimiento de los derechos de autor con base en un registro. *Cfr.* McDonald, Ian, “Creative commons: just say ‘CC’?”, *Copyright reporter*, Australia, vol. 24, núm. 4, diciembre 2006, p. 225.

Por su parte, Von Lewinski indica: “The requirement to fulfil formalities for the enjoyment and exercise of authors’ rights has indeed proved to be a major stumbling block for an adequate and effective international protection”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 119.

⁶⁹¹ Y con esto, se pueda tener identificado a quién pedirle permiso para usar una obra protegida.

recounts, copyright formalities could also be an instrument for suppressing authors' expressive freedoms⁶⁹².

Peor aun, la desprotección que se generaría de atender las ideas de Lessig, resulta también evidente en cuanto propone registros de carácter nacional, por lo que el hecho de que un autor inscriba su obra en su país de origen, implica que la obra sigue desprotegida en el resto del mundo. El autor tendría la carga de ir de país en país para obtener los respectivos registros (y posteriormente tendría que ir haciendo cada una de las renovaciones nacionales), con los costos y molestias que eso implica, incluso mediante la realización de trámites por Internet.

La verdad es que sólo un puñado de autores aplicados, con los recursos, el tiempo y la disposición suficiente, podría obtener, en el sistema que propone Lessig, la protección prácticamente universal de la que gozan hoy en día todos los autores. La regresividad (y su correlativa desprotección) salta a la vista.

Asimismo, la dependencia de la protección en registros nacionales, no sólo ignora los esfuerzos de protección internacional y la progresiva universalización de la tutela autoral, sino que ignora que hoy, más que nunca, se requiere una protección internacional para las obras, dada la Internet y demás avances en materia de telecomunicaciones.

Por lo tanto, los registros nacionales que propone Lessig terminarían siendo, en términos prácticos, pequeñas islas de protección en un océano de desprotección internacional. De nueva cuenta, constatamos que este tipo de propuestas son contrarias al mandato iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores en la mayor medida de lo posible.

Además, la regresividad de la propuesta de Lessig llega a extremos insospechados al requerir que el registro se renueve cada cinco años. Cuando prevalecían los sistemas registrales de derechos de autor, era poco común que se exigiera la renovación periódica y constante de los registros; inclusive, en la más antigua ley en la materia, el Estatuto de la Reina Ana de 1710, sólo había la necesidad de renovar el registro luego de 14 años (no de 5, como propone Lessig), esto es, una única renovación a mitad de la vida del derecho de explotación (que en esa ley era de 28 años). Queda claro que lo que propone Lessig implica una cantidad de trámites administrativos forzosos como nunca han existido en la historia del derecho de autor.

Y aquí, en el tema de las renovaciones quinquenales, Lessig ya no puede justificarse en la necesidad de identificar quién tiene los derechos sobre las obras, pues si pasados 5 o 10 años después del registro no ha cambiado el titular de derechos ¿para qué hacer la renovación?

De igual forma, el requisito de tantas renovaciones plantea varios problemas prácticos para los autores. En efecto, los autores (principalmente los profesionales) crean muchas obras y en diferentes momentos, llegando a tener un amplio repertorio autoral; y suponiendo que el autor tiene la diligencia (así como la oportunidad) de registrar cada obra que vaya creando, aun así se enfrenta ante el reto de tener un minucioso control de todas y cada una de las fechas de renovación de cada una de sus obras. Entre más volumen y plazos a administrar, mayor riesgo de que se le escapen fechas y pierda la protección de sus obras. Y si el autor tiene la osadía de querer

⁶⁹² Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., "Copyright law reform through a human rights lens", EUA, Discussion paper 07-34, Universidad de Arizona, 2007, p. 22.

Mientras que Silke Von Lewinski explica: "The principle of 'no formalities' is crucial for the realization of an effective international protection of authors' rights". Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 119.

protección en otros países, esa diversidad de trámites se multiplicaría exponencialmente (como también los costos que habría de cubrirse con las renovaciones)⁶⁹³.

Y todo lo anterior sin perjuicio de señalar que la propuesta de Lessig, además de regresiva, va a contra corriente de la desregulación, en la que se busca reducir el número de trámites administrativos que deben realizar los ciudadanos.

En otro orden de ideas, dejando por un momento los tratados sobre derechos humanos, la reinstauración de las formalidades también resulta contraria al marco internacional en materia de derechos de autor. Veamos.

De entrada hay una contravención al a. 5.2 del Convenio de Berna⁶⁹⁴, el cual tajantemente señala que el goce y ejercicio de los derechos de autor no deben estar subordinados a ninguna formalidad, por lo que la protección debe ser automática⁶⁹⁵.

Y la contravención al Convenio de Berna (y como consecuencia, al ADPIC) no es un tema nada menor, pues cualquier propuesta debe respetar el derecho internacional existente en la materia⁶⁹⁶. De esta forma, si un país implementa la propuesta de Lessig, podría ser demandado ante la Corte Internacional de Justicia (por violación al Convenio de Berna), o peor aun, ante el órgano de solución de diferencias de la OMC (por violación al ADPIC).

La verdad es que las propuestas de Lessig no son muy respetuosas del derecho internacional, o en el mejor de los casos, no lo toman muy en serio.

La única forma en que la propuesta de Lessig pudiera tener viabilidad jurídica (y sin tomar en cuenta el régimen internacional de derechos humanos), es que los países de la Unión de Berna acordaran, por unanimidad, desaparecer el a. 5.2 del Convenio de Berna; o que dicha disposición fuera declarada nula por la Corte Internacional de Justicia. Ambos supuestos se antojan casi imposibles.

En fin, cabe especular que el que Lessig proponga que la protección derive de registros nacionales se puede deber a: (a) su anglocentrismo (olvidándose que existe un mundo fuera de los EUA, y que ahí también se pueden utilizar las obras estadounidenses, como también ahí se crean obras que se usarán en EUA); o (b) su propósito de complicar la protección de los autores y fomentar la existencia de más obras de uso no remunerado, al imponer la carga de tener que registrar la obra en cada país del mundo y tener que renovar periódicamente en cada uno de esos países del mundo; o (c) una mezcla de ambas razones.

Por lo que hace a la propuesta de reducir la duración de los derechos de explotación, si bien coincidimos en que los plazos son muy largos y que deben reducirse en alguna medida, no estamos tan seguros que una reducción tan *drástica* (como proteger las obras sólo por cerca de 30 años) no implique una violación al principio de no regresividad derivado del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral⁶⁹⁷. De lo que sí estamos seguros, es que esa propuesta resulta contraria al Convenio de Berna,

⁶⁹³ Con acierto, Von Lewinski afirma: “Reality shows that most authors are interested in creation rather than administration, and thus tend to neglect such administrative efforts, even at the risk of losing protection. Many may also be unprepared to pay an agent or attorney to make such efforts for them”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 119.

⁶⁹⁴ Cfr. Ginsburg, Jane C., “The US experience with formalities” en Bently, Lionel, Suthersanen, Uma, y Torremans, Paul (coords.), *Global copyright. Three hundred years since the Statue of Anne, from 1709 to cyberspace*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, pp. 427 y 428.

⁶⁹⁵ Ningún país de la Unión de Berna puede establecer el registro como requisito de protección. Cfr. Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone’s guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 7.

⁶⁹⁶ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 151.

⁶⁹⁷ Aunque hay que destacar que el Comité DESC considera que el plazo de protección no necesariamente debe ser equivalente a la vida del autor. Cfr. Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 176.

el cual establece que el mínimo de duración de los derechos de explotación debe ser toda la vida del autor y 50 años después de su muerte⁶⁹⁸, lo que, de momento, hace jurídica y prácticamente inviable la propuesta de Lessig.

Además, en el caso de México, la reducción del plazo de protección del derecho de explotación nos metería de lleno en el tema de la aplicación retroactiva de leyes y la teoría de los derechos adquiridos⁶⁹⁹.

Sobre la propuesta de Lessig de “desregular la creatividad amateur” hay que hacer varias consideraciones. Primero, ¿quién es un amateur y quién es un profesional? Si un abogado escribe una canción, ¿esa obra musical no podrá protegerse porque su autor no es creador profesional, sino que tiene otra profesión? Además de la dificultad de distinguir claramente a los profesionales de los amateurs en muchos casos, consideramos que el estatus de una persona no debe ser motivo de distinción para concederle protección jurídica sólo a algunos. ¿Por qué habría que protegerse sólo la creatividad de unos y no la creatividad de otros?

Podemos poner como ejemplo a Margaret Mitchell, quien no era una novelista profesional, y cuyo único libro escrito, *Lo que el viento se llevó*, resultó un éxito de ventas y le mereció un premio Pulitzer. ¿Por qué ella no habría de participar en los beneficios económicos de una obra cuya creación le llevó muchas horas de trabajo?

De nueva cuenta, esta propuesta de Lessig es contraria a la exigencia de los derechos fundamentales, pues no sólo viola por sí misma el principio de igualdad, sino también el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, ya que instrumentos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, claramente señalan que *toda* persona debe beneficiarse materialmente de las obras que sea autora. Y la palabra “toda” no permite aceptar la distinción entre amateurs y profesionales que propone Lessig.

Asimismo, la propuesta de Lessig ignora la teoría de la unidad del arte⁷⁰⁰, la cual nos dice que el arte es uno, y como tal, todo arte debe ser digno de protección, por lo que no cabe distinguir el arte dependiendo a su destino o propósito⁷⁰¹. Esta teoría es adoptada por muchas leyes autorales en el mundo, incluyendo la mexicana.

Por cuanto a la propuesta de desprotección de los usos no comerciales de una obra, cabe destacar que esto es contrario a una de las máximas elementales en materia de derechos de autor: las obras se protegen sin importar su destino⁷⁰².

Además, esta propuesta ignora que los usos no comerciales de las obras pueden mermar o acabar el mercado de las obras. Por ejemplo, si alguien reproduce masivamente un libro y luego se dedica a regalar ejemplares, es evidente que estamos ante un uso no lucrativo, pues tal persona no sólo no gana dinero, sino que lo gasta para reproducir y distribuir los ejemplares. En ese caso, a pesar de no existir actividad lucrativa, se estaría afectando el mercado de ese libro, pues varios posibles compradores ya no adquirirían la edición comercial al ya tener una copia gratuita.

⁶⁹⁸ A. 7.1 del Convenio de Berna.

⁶⁹⁹ Sobre el particular, *cfr.* Pleno de la SCJN “RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XIV, octubre de 2001, p. 16; y Segunda Sala de la SCJN “RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XX, julio de 2004, p. 415.

⁷⁰⁰ Sobre esta doctrina, *vid.* la nota al pie 264 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁷⁰¹ Esto está claramente reflejado en el a. 5° de nuestra LFDA, al determinar que las obras se protegen con independencia de su destino.

⁷⁰² Como es común en la legislación comparada, nuestra LFDA, en su a. 5°, contempla una norma de ese tipo.

Sobre la irrelevancia del valor económico de la obra o su destino lucrativo, *cfr.* Are, Mario, *op. cit.*, nota 581, pp. 209 y 210.

Otro ejemplo todavía más evidente: supongamos que en una escuela primaria, la dirección decide que, como parte de la formación de los alumnos, todos deben estudiar en determinado libro de texto. Pero con el afán de afectar en lo menos posible la economía de los padres de familia, la propia escuela fotocopía un ejemplar para cada niño y se lo regala. De nueva cuenta estamos frente a un uso no lucrativo, pero que afecta a los destinatarios naturales de ese libro de texto, quienes ya no lo comprarán por haber obtenido un ejemplar gratuito.

Un último ejemplo: alguien sube a Internet una versión escaneada o capturada del más reciente libro sobre Harry Potter o de la obra más reciente de José Emilio Pacheco, y permite el acceso del público en forma gratuita y sin otro propósito más que el compartir una buena obra literaria. Resulta claro que muchas personas preferirán acudir a ese sitio web que comprar el libro o descargarlo a cambio de un precio. Otra vez vemos como un uso no lucrativo de una obra, merma las expectativas económicas de un autor.

De esta forma, es apreciable que muchos usos no lucrativos afectan seriamente los intereses económicos de los autores. Y por consiguiente, la propuesta de Lessig se traduciría en una desprotección a los intereses materiales de los autores, contrariando lo ordenado por el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral. Por lo tanto, desde un punto de vista iusfundamental no es aceptable la propuesta, pues elevar a rango de norma general la permisión de hacer toda clase de usos no lucrativos de las obras, en muchos casos afectaría desproporcionadamente los intereses económicos de los autores, y podría llegar a afectar el núcleo esencial de su derecho fundamental.

Si bien es cierto que, en algunos casos, el autor debe soportar afectaciones económicas (por ejemplo, ante una restricción simple al derecho de explotación), eso no significa que *todo* uso no lucrativo deba ser libre, pues el público preferiría adquirir las obras por vías no lucrativas, y se iría reduciendo el mercado de la obra. Recordemos que toda afectación al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral debe ser proporcional⁷⁰³, es decir, sólo cuando el bien constitucional opuesto pesa más en ese caso concreto.

De hecho, la propuesta de proteger únicamente los usos comerciales de las obras, demuestra otra vez el anglocentrismo de académicos como Litman y Lessig, al ser congruente con la fundamentación utilitarista del *copyright*, pero pasar por alto que las razones por las que un autor quisiera controlar sus obras no sólo se reducen a centavos. En efecto, y siguiendo a Kant, las obras son *discursos de los autores a su público*, por lo que los creadores tienen interés sobre lo que pueda pasar con ese discurso⁷⁰⁴. Siempre va a existir un vínculo entre el autor y su mensaje, de ahí que a aquel le interese, no sólo controlar el destino económico de su obra, sino también su *destino artístico*⁷⁰⁵.

En este sentido, Bottis y Spinello nos explican con acierto lo siguiente:

Authors are the primary creators of the meaning through the hard work of writing and editing. Authors should have the right to preserve and control the meaning and message of their work, at least for a certain length of time, through a copyright or similar mechanism. For example, a poet who writes "An Ode to Freedom" celebrating the virtues of democracy ought to have the right to refuse the use of his poem on a pro-choice web site since its use might suggest a meaning he doesn't wish to convey⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Cfr. *supra* el apartado 5.6.4 del capítulo tercero de la presente investigación.

⁷⁰⁴ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 571, pp. 228 a 230, y 238.

⁷⁰⁵ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

⁷⁰⁶ Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 537, p. 187.

Además, el reducir el ámbito de aplicación del derecho de explotación sólo a los usos comerciales de las obras viola la *prohibición de regresividad* derivada del PIDESC y de otros instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, pues se retrocede en cuanto al nivel de protección logrado por los autores.

Asimismo, dicha propuesta se traduciría en la violación de tratados internacionales en materia de derechos de autor y de comercio internacional, los cuales contemplan un derecho de distribución que controla todos los actos traslativos de la propiedad de los ejemplares de obras (sean onerosos o *gratuitos*)⁷⁰⁷. Eso sin mencionar que el derecho de comunicación al público⁷⁰⁸ y varias de sus modalidades⁷⁰⁹ se aplican a la mera puesta a disposición o comunicación de obras, tenga o no finalidad lucrativa. Lo mismo sucede con la facultad de reproducción, la cual está regulada internacionalmente para aplicarse, como regla general, a toda clase de reproducciones, tengan o no una intención comercial⁷¹⁰.

En cuanto a la propuesta de minimización del derecho de explotación a usos taxativamente previstos por el legislador, sale otra vez a la luz el anglocentrismo de Lessig, pues olvida que la tradición jurídica neorromanista otorga un derecho general de explotación que cubre todas las utilidades públicas de las obras, y además, es tecnológicamente neutral para no tener que estar reformando la ley cada vez que surja una nueva tecnología⁷¹¹.

Dicha propuesta también es criticable dado que, si los derechos fundamentales son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, y en particular el derecho a la protección jurídico-autoral busca que se protejan los intereses económicos de los autores en la mayor medida de lo posible, resulta claro que un derecho general de explotación que abarque, *prima facie*, toda utilización pública de la obra, es más coherente con esa optimización que un listado taxativo de usos protegidos, que constantemente se estará desactualizando frente a la periódica e imparable aparición de nuevas tecnologías.

Por lo que se refiere a la propuesta de establecer un sistema de derechos de simple remuneración por el intercambio de música en Internet, su valoración la hacemos *infra* 4.2.6.

Y por lo que hace a la propuesta de reducir drásticamente la facultad de transformación, ya realizamos en el presente apartado la valoración correspondiente al criticar en general la postura de quienes buscan reducir los derechos de explotación a su mínima expresión.

En conclusión, las propuestas de un derecho de autor minimizado son más acordes con las expectativas de usuarios y consumidores, pero no son plenamente satisfactorias con los intereses de los autores. Para que su implementación no fuera antijurídica se requeriría, de entrada, desmontar todo el sistema internacional de derechos de autor (incluyendo el Convenio de Berna), además de que *resultan inaceptables a la luz del sistema internacional de derechos humanos*.

⁷⁰⁷ Por ejemplo, el a. 6.1 del TODA y el a. 1705.2.b del TLCAN.

⁷⁰⁸ A. 8° del TODA y a. 1705.2.c del TLCAN.

⁷⁰⁹ Entre otros, el a. 11 Bis del Convenio de Berna; y el a. IV Bis de la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

⁷¹⁰ Por ejemplo, el a. 9.1 del Convenio de Berna; y el a. IV Bis de la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

⁷¹¹ *Cfr. supra* la nota al pie 76 del presente capítulo.

4.2.3.- Copyleft.

El *copyleft* es, al mismo tiempo, tanto un sistema de licenciamiento de programas de computación, como una filosofía frente al derecho de la propiedad intelectual.

La expresión “*copyleft*” es un juego de palabras, para indicar que se trata de algo opuesto al *copyright*. Así, mientras el *copyright* sería la opción de la derecha (conservadurismo), el *copyleft* sería la opción de la izquierda⁷¹². Nos encontramos frente a una expresión de difícil traducción al español, que daría resultados como el barbarismo “izquierda de copia” o “permitida la copia”⁷¹³, por lo que lo más usual es utilizar el vocablo inglés original.

El origen del *copyleft* lo encontramos en el éxito comercial de las empresas productoras de *software* y en la respuesta que ese fenómeno generó, representada en el movimiento encabezado por Richard Stallman.

En efecto, en las décadas de 1960 y 1970, la naciente industria del *software* se caracterizaba por su sentido de comunidad y por su apertura para compartir el conocimiento; pero cuando en la década de 1980 se dio el enorme éxito comercial del sector, la situación cambió y se empezaron a ejercitar derechos de propiedad intelectual para extraer más ganancias a los programas de cómputo⁷¹⁴.

Richard Stallman, un programador del MIT, observó estos cambios en la industria del *software*. En una ocasión, alguien le pidió a Stallman acceso a un código fuente en el cual estaba trabajando, a lo que el informático no vio ningún inconveniente y compartió su creación; posteriormente el *software* fue mejorado, pero cuando Stallman pidió acceso a las mejoras, dicho acceso le fue negado. De igual forma, Stallman era usuario del programa UNIX, el cual tenía algunos problemas que dicho programador estaba seguro de poder resolver fácilmente, si tan sólo pudiera acceder al código fuente; acceso que AT&T no le concedía⁷¹⁵.

Y es que, en efecto, las empresas de *software* buscan controlar que sus licenciarios no hagan correcciones ni den mantenimiento a los programas de cómputo,

⁷¹² Sobre esto, *cf.* Dusollier, Séverine, “Scoping study on copyright and related rights and the public domain”, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra, 30 de abril de 2010, p. 47.

Visión bastante maniquea y simplista, basada sólo en valoraciones aplicables a la sociedad de los EUA, y que no toma en cuenta la tradición humanista de los derechos de autor en los países neorromanos, donde la filosofía en la materia es más cercana a los valores de posturas social democráticas que al derecho.

Como ejemplo de la tradición humanista de los derechos de autor, puede destacarse que hay quienes han llegado a considerar que se trata de una disciplina adscrita al derecho social (junto al derecho laboral y al derecho agrario). *Cfr.* Acosta Romero, Miguel, “El derecho intelectual y las partes que lo integran”, *Revista mexicana del derecho de autor*, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992, SEP, México, p. 132; Farrell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, pp.72 a 74; Loredó Hill, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, México, 2a. ed., Jus, 1990, pp. 90 y 91.

Ya en el caso actual de México, podemos encontrar que la LFDA contempla muchas disposiciones de corte social, que buscan proteger a los creadores de cultura frente a los grupos empresariales, llegando a extremos de conceder derechos irrenunciables y de limitar la autonomía de la voluntad para favorecer a los autores. Entre estas disposiciones, podemos destacar los aa. 26, 26 Bis, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 41, 55, 59, 63, 83 Bis, 84, 92 Bis y 99, todos de la LFDA.

⁷¹³ VV.AA., “Introducción” en *Copyleft. Manual de uso*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006, p. 12.

⁷¹⁴ Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 154.

⁷¹⁵ Marandola, Marco, *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*, Barcelona, Derecho de Autor, 2005, p. 17; y Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 154.

lo que usualmente implementan en sus licencias mediante cláusulas que prohíben que terceros o el propio licenciatarario realicen esos cambios y que, además, obligan a adquirir tales servicios del propio licenciante (normalmente a cambio de una contraprestación)⁷¹⁶.

La justificación de las empresas productoras de programas de cómputo, es que con eso se preserva la integridad de su código, lo que le da una consistencia al *software* y hace más fácil su mantenimiento⁷¹⁷. Si bien esto es cierto, también resulta evidente que se trata de un interés económico, pues no quieren dejar libre un importante sector del mercado, como lo es la prestación de cierta clase de servicios.

Frustrado con esa situación, en 1984 Stallman abandona el MIT y funda la *Free Software Foundation* para promover el uso de “*software* libre”⁷¹⁸. Las ideas de Stallman se plasman en *Manifiesto GNU*⁷¹⁹, cuya premisa central es que los programas de cómputo deben ser compartidos, de manera que puedan ser utilizados y mejorados libremente:

I consider that the golden rule requires that if I like a program I must share it with other people who like it. Software sellers want to divide the users and conquer them, making each user agree not to share with others. I refuse to break solidarity with other users in this way. I cannot in good conscience sign a nondisclosure agreement or a software license agreement. For years I worked within the Artificial Intelligence Lab to resist such tendencies and other inhospitalities, but eventually they had gone too far: I could not remain in an institution where such things are done for me against my will⁷²⁰.

De esta forma, se busca que el código fuente esté abierto para consulta y mejora de todos (por eso se llama “*open source*”), y que cualquiera pueda utilizar libre y gratuitamente los programas de cómputo que sean “*software* libre”.

Ahora bien, para poder implementar ese sistema colaborativo se idearon un tipo de licencias (genéricamente conocidas como licencias *copyleft*)⁷²¹, las cuales se basan en la legislación de derechos de autor, y por virtud de las mismas, el autor autoriza el libre uso de su *software*. En este sentido, López Maza explica que una licencia *copyleft* es “la decisión del autor de dejar ‘suelta’ su obra”⁷²².

Así, el movimiento del *software* libre nace como una reacción a las prácticas de la industria de la computación, y se basa en el otorgamiento de licencias para que los usuarios, en forma colectiva, mejoren y compartan el *software* actualizado, lo que a su vez, promueve el progreso técnico. Y aunque la filosofía subyacente es evitar “la privatización del conocimiento” que supuestamente generan los derechos de autor, estas licencias parten de la base de la legislación autoral⁷²³.

Estas licencias de *copyleft* buscan establecer cuatro libertades básicas a favor de los usuarios de *software*: libertad de ejecutar un programa de cómputo para cualquier

⁷¹⁶ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 118.

⁷¹⁷ *Idem.*

⁷¹⁸ Marandola, Marco, *op. cit.*, nota 715, p. 17; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 155.

⁷¹⁹ GNU es un sistema operativo inspirado en UNIX (el *software* más usado antes de la aparición de *Windows*).

⁷²⁰ Stallman, Richard, “The GNU Manifiesto”, <http://www.gnu.org/gnu/manifiesto.html>, octubre de 2009.

⁷²¹ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 118; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 156.

⁷²² López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 322.

⁷²³ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 118.

O como dice Vaidhyanathan que las licencias *copyleft* “uses the power of the copyright system to turn copyright inside out”. Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 156.

fin, libertad de examinar y adaptar un programa (lo que incluye acceso al código fuente), libertad de distribuir copias del programa, y libertad de mejorar el programa⁷²⁴.

Existen muchas clases de licencias de fuente abierta u *open source* para *software*, siendo la más famosa la GPL (“general public license” o “GNU general public license”), la cual obliga a que toda persona que altere o mejore un *software*, haga de acceso público esas mejoras y sujete su uso a la suscripción de una licencia, de manera que si alguien que accedió a un “*software* libre” tuvo necesariamente que haber aceptado la licencia GPL (u otras del estilo), y si no hace públicas o libres sus mejoras, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual⁷²⁵. Esto las convierte en licencias de carácter *viral* o expansivo.

Se observa que el movimiento que da origen a las licencias *copyleft*, tiene unos irreprochables fines altruistas y una loable filosofía, fuertemente anclada en la solidaridad. Sin embargo, si los autores de *software* están haciendo a un lado sus derechos, y están compartiendo altruistamente el fruto de su trabajo, surge la siguiente pregunta: ¿de qué viven?

La respuesta viene dada en el *Manifiesto GNU*:

(...) there are plenty of ways that programmers could make a living without selling the right to use a program. This way is customary now because it brings programmers and businessmen the most money, not because it is the only way to make a living. It is easy to find other ways if you want to find them. Here are a number of examples.

A manufacturer introducing a new computer will pay for the porting of operating systems onto the new hardware.

The sale of teaching, hand-holding and maintenance services could also employ programmers.

People with new ideas could distribute programs as freeware, asking for donations from satisfied users, or selling hand-holding services. I have met people who are already working this way successfully.

Users with related needs can form users' groups, and pay dues. A group would contract with programming companies to write programs that the group's members would like to use.

All sorts of development can be funded with a Software Tax:

Suppose everyone who buys a computer has to pay x percent of the price as a software tax. The government gives this to an agency like the NSF to spend on software development.

But if the computer buyer makes a donation to software development himself, he can take a credit against the tax. He can donate to the project of his own choosing—often, chosen because he hopes to use the results when it is done. He can take a credit for any amount of donation up to the total tax he had to pay⁷²⁶.

Es decir, se proponen una serie de fuentes de ingresos ajenas al *software* en sí mismo, principalmente, la prestación de servicios.

Una vez explicadas, a grandes rasgos, las características y filosofía del *copyleft*, haremos unas cuantas críticas, aunque nos reservamos la mayoría para el siguiente apartado, pues las licencias *creative commons* son descendientes directos del *copyleft* (y han tenido mayor impacto en el mundo de la cultura y el entretenimiento).

En primer lugar, se puede apreciar que el movimiento *copyleft* fue creado por y para programadores de *software*, esencialmente. En particular, hay una especial preocupación por conocer el código fuente y evitar que esta información sea ocultada. Pues bien, dicha problemática es privativa de los programas de cómputo y no aplicable

⁷²⁴ Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, pp. 155 y 156.

Cfr. también, Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d'auteur...: mode d'emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, pp. 160 y 161.

⁷²⁵ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, pp. 209 y 211; y Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 223, p. 156.

⁷²⁶ Stallman, Richard, *op. cit.*, nota 720.

al resto de obras (música, literatura, pintura, etc.), en donde la información es autoevidente para cualquier usuario y no tiene que hacerse ingeniería inversa o decompilación alguna. Por consiguiente, el *copyleft* difícilmente puede ser considerado como un modelo a seguir para todo tipo de obras en general⁷²⁷, y menos aun, para resolver toda la compleja problemática actual de los derechos de autor que hemos venido apuntando en el presente capítulo.

En segundo lugar, los principales obstáculos para conocer la información subyacente de un *software* provienen de la figura de los secretos empresariales y del derecho contractual (pues los compradores de *software* suelen suscribir licencias en donde se comprometen a no investigar el programa de cómputo), y no tanto de los derechos de autor, donde la máxima de no protección de las ideas o de la información impide proteger las fórmulas, algoritmos y soluciones matemáticas que le dan funcionalidad al programa de computación⁷²⁸. De hecho, los derechos de autor entran en juego, más bien, cuando se quieren crear nuevas versiones del *software* o se quiere utilizar el *software* sin permiso.

En tercer lugar, las licencias *copyleft* se basan en el régimen jurídico de *copyright* de los EUA, por lo que no cumplen del todo con otros sistemas de contratación autoral como el existente en México (donde hay una serie de derechos irrenunciables y una variedad de requisitos de orden público para los contratos en la materia), por lo que su validez fuera de los EUA es muy cuestionable. Sobre esto abundamos en el siguiente párrafo.

En cuarto lugar, las licencias *copyleft* no sólo olvidan, sino que pueden ser contrarias, a los derechos morales, al fomentarse la alteración o modificación masiva de obras y al no respetarse las menciones a la paternidad de los programadores intervinientes. Esto deriva, lógicamente, de que, al nacer el *copyleft* con base al derecho estadounidense, se pasan por alto derechos subjetivos existentes en otras partes del mundo⁷²⁹.

En quinto lugar, el *copyleft* se basa en la voluntad de los programadores que quieran “liberar” sus obras, pero no establece un sistema general y depurado, previsto por ley, y aplicable a toda clase de obras. Por lo tanto, y a pesar de las ventajas de estas licencias, seguirán existiendo muchas creaciones al margen de ellas, por lo que no dan una respuesta real a los problemas actuales en materia de derechos de autor.

En sexto lugar, hay que destacar que, hoy por hoy, los usuarios de “*software* libre” no son tan sofisticados o altruistas, ni tienen fines tan comprometidos, como los de los precursores del movimiento de acceso abierto (*open access*), sino que más bien buscan este tipo de programas con el principal propósito de no tener que pagar a un proveedor⁷³⁰.

⁷²⁷ Sin embargo, este fenómeno ya se está dando, principalmente mediante las licencias *creative commons*.

⁷²⁸ Algunos países como México, en forma muy cuestionable, dentro del régimen jurídico especial de protección autoral al *software*, prohíben la decompilación, ingeniería inversa o desensamblaje del programa (*cf.* a. 106, fr. IV de la LFDA), lo que no tiene parangón en el resto de obras protegidas por la ley. Además de que la constitucionalidad de una norma de este tipo es bastante discutible.

⁷²⁹ La aplicación del derecho moral a los programas de cómputo es un tema complejo que demuestra que los derechos de autor fueron una respuesta pragmática, pero no la más adecuada, para la protección del *software*.

En este sentido, muchos países disminuyen la cobertura del derecho moral tratándose de programas de cómputo o establecen una serie de limitaciones a tal derecho. En el caso de México, no existe limitación alguna, ni mucho menos exclusión de los derechos morales a los programas de cómputo (los aa. 5º, 11 y 21 de la LFDA son particularmente relevantes).

⁷³⁰ Hofman, Julien, *Introducing copyright: a plain language guide to copyright in the 21st century*, Canadá, Commonwealth of Learning, 2009, p. 92.

Esto genera, en muchos casos, un problema adicional de mercados paralelos. Pues muchas personas en aptitud de adquirir “*software* propietario”, preferirán no gastarse ese dinero, y adquirir un “*software* libre”. Esto genera algunos cuestionamientos en materia de competencia económica, pues el *software* gratuito le hace competencia al *software* de paga y erosiona su mercado, de manera que los autores que no quieran incorporarse al sistema *copyleft*, aun así, se verán perjudicados por ese sistema, al privárseles de posibles clientes e ingresos. De esta manera, se puede generar una afectación a los intereses materiales de los autores de *software*⁷³¹, lo que parece contrario a las exigencias del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral de quienes no quieran sumarse al *copyleft*.

Finalmente, el hecho de que el autor “regale” su obra a la comunidad y obtenga ingresos por otras vías, como la prestación de servicios o la docencia, no es acorde con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, pues como vimos *supra* en el apartado 4.2.1 del presente capítulo, el Comité DESC establece que los ingresos que reciban los autores deben ser *directamente generados* por sus obras. Lo que propugna el *copyleft* es que los autores no vivan de sus obras, sino que, además del esfuerzo generado por crear sus obras (el cual “donan” a la comunidad), hagan otros esfuerzos adicionales para ganarse la vida. Por lo que si el sistema de *copyleft* se quisiera *generalizar* y promover por los estados, se estaría incumpliendo la obligación iusfundamental derivada de diversos tratados internacionales.

En conclusión, consideramos al *copyleft* como una iniciativa muy noble y sumamente útil para resolver algunos problemas en materia de programas de cómputo; pero incluso, en ese tipo de creaciones, su utilidad es limitada. El *copyleft* no puede ser el paradigma para la creación de *software*, y mucho menos traspolarse a otro tipo de obras, máxime que no cumple a cabalidad con las exigencias del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y que *subordina* los intereses de los usuarios a los de los autores. Desde luego, el legislador no puede convertir el *copyleft* en un sistema general, por lo que la solución a la problemática actual del uso de obras en Internet, no se encuentra aquí.

4.2.4.- *Creative Commons*.

Las licencias abiertas y el *copyleft* eran, en principio, aplicables sólo para *software*, pero posteriormente se comenzaron a utilizar en todo tipo de obras, siendo paradigmático el caso de *Creative Commons*⁷³². De hecho, *Creative Commons* se inspira en el movimiento *open source* y en las ideas de Richard Stallman⁷³³.

Ante el resultado del caso *Eldred* en la Suprema Corte de EUA, Eric Eldred alentó a Lawrence Lessig para encontrar una alternativa a la situación prevaleciente en materia

⁷³¹ Aunque esto, desde luego, hay que matizarlo, pues actualmente un alto número programadores de *software* son meros empleados de las grandes empresas de la materia.

Sin embargo, incluso en el caso de esos empleados, sus ingresos económicos (salarios) se derivan de la protección al *software* de las empresas para las que trabajan. De hecho, el propio Stallman reconoce que los programadores asalariados ganan más que quienes hacen *software* libre o por su cuenta (*cfr.* Stallman, Richard, *op. cit.*, nota 720).

⁷³² Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 265; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 47; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 730, p. 95.

⁷³³ Rimmer, Matthew, *Digital copyright and the consumer revolution. Hands off my iPod*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 266.

Asimismo, *vid.* Xalabarder Plantada, Raquel, “Las licencias creative commons: ¿una alternativa al copyright?”, *OUC papers. Revista sobre la sociedad del conocimiento*, España, núm. 2, marzo 2006, p. 4.

de *copyright*⁷³⁴. Como respuesta, Lessig se inspiró en Stallman y en el movimiento *copyleft*, y buscó expandir el ámbito de aplicación de estas licencias virales a todas las áreas de la cultura y el entretenimiento.

Como jurista, Lessig ideó un sistema basado en la *Copyright Act* de los EUA, por virtud del cual los autores sujetarían el uso de sus obras a una licencia gratuita y perpetua, para que el público pudiera realizar ciertos usos de las obras según los términos de cada licencia, como veremos más adelante.

El propósito es crear un abundante repositorio de obras que puedan utilizarse, transformarse y compartirse, en forma gratuita y sin pedir permiso⁷³⁵. Además, debe recordarse que *Creative Commons* es sólo un paso intermedio hacia otro fin más ambicioso, que es una reforma a fondo del *copyright* con miras a su minimización⁷³⁶, de donde se evidencia que existe una agenda política detrás (en última instancia, la reducción de los derechos de autor a su mínima expresión).

Para implementar y fomentar ese sistema de licencias, se creó una entidad no lucrativa llamada *Creative Commons*⁷³⁷, fundada por el propio Lessig, en compañía de Eric Eldred, James Boyle, Michael Carroll, Hal Abelson y Eric Saltzman. Dicha organización fue lanzada oficialmente en 2001⁷³⁸.

La ideología detrás de *Creative Commons* se puede sintetizar en los siguientes puntos: (a) la creatividad presupone el acceso a obras y su uso, (b) los derechos de autor crean barreras para acceder a las obras, siendo un obstáculo para compartirlas y reutilizarlas, y (c) los derechos de autor deben usarse de una forma que fomenten el compartir y reutilizar las obras⁷³⁹.

Creative Commons explica sus propósitos de la siguiente manera:

Creative Commons is a *nonprofit* corporation dedicated to making it easier for people to share and build upon the work of others, consistent with the rules of copyright.

We provide *free* licenses and other legal tools to mark creative work with the freedom the creator wants it to carry, so others can share, remix, use commercially, or any combination thereof⁷⁴⁰ (énfasis en el original).

Así, esta entidad proporciona formatos de licencias de derechos de explotación, para quienes quieran flexibilizar la utilización de las obras. Son seis tipos o clases de licencias las que se ofrecen⁷⁴¹, a saber⁷⁴²:

⁷³⁴ Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 261.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 262.

⁷³⁶ Cfr. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, p. 279; y en general, el apartado 4.2.2 del presente capítulo.

También advierte esto, Elkin-Koren, Niva, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham law review*, Nueva York, vol. 74, núm. 2, noviembre 2005, p. 392.

⁷³⁷ Explica Stokes que *Creative Commons* es una organización que aplica las directrices de las licencias de *open source* de *software* a otros contenidos que no son *software* (imágenes, videos, textos, etc.). Cfr. Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, p. 211.

⁷³⁸ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 627, p. 282; Marandola, Marco, *op. cit.*, nota 715, p. 63; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 48; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 223; Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 261.

⁷³⁹ Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, pp. 378 y 379.

⁷⁴⁰ <http://creativecommons.org/about/>, octubre de 2009.

⁷⁴¹ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 10; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 501, pp. 13 y 14; Carroll, Michael W., "Creative commons as conversational copyright" en Yu, Peter K., *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I, p. 449; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 49; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 730, p. 96; Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 262; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 7.

a) Atribución.- La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador;

b) Atribución – No Derivadas.- La obra se puede copiar, distribuir y comunicar públicamente, pero no se pueden crear obras derivadas⁷⁴³. Se debe reconocer la autoría del creador;

c) Atribución – No Comercial - No Derivadas.- La obra se puede copiar, distribuir y comunicar públicamente, siempre y cuando no sea con fines comerciales. Se debe reconocer la autoría del creador, pero no se pueden hacer obras derivadas;

d) Atribución – No Comercial.- La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador, pero no se podrá utilizar con fines comerciales;

e) Atribución – No Comercial – Licenciamiento Recíproco.- La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador, pero no se podrá utilizar con fines comerciales. En caso de generarse una obra derivada, dicha creación deberá difundirse mediante una licencia de este tipo;

f) Atribución – Licenciamiento Recíproco.- La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador. En caso de generarse una obra derivada, dicha creación deberá difundirse mediante una licencia de este tipo.

Estas licencias se representan visualmente con diversos logotipos que resumen las características de cada tipo de licencia, una versión “legible para humanos” que es un texto resumiendo los términos y condiciones de la licencia, así como también existe la licencia propiamente dicha, con lenguaje jurídico (*legal code*). De igual forma, se puede adjuntar cierto código a las obras digitales para que la licencia pueda ser reconocida por las computadoras (*digital code*)⁷⁴⁴.

Todas licencias tienen una vigencia equivalente a la duración de los derechos de explotación, y no pueden revocarse una vez otorgadas (es decir, estamos frente a licencias *perpetuas*), amén de que no son exclusivas⁷⁴⁵.

Aunque nacieron en los EUA, las licencias *creative commons* se han expandido a otros estados, generándose versiones locales de las mismas, supuestamente adaptadas a la legislación del país en cuestión (algunos hablarían de “tropicalización”)⁷⁴⁶.

⁷⁴² Exponemos aquí las licencias según el sitio web mexicano, <http://creativecommons.org.mx/licencias/>, abril de 2010.

⁷⁴³ La falta de conocimiento de nuestra LFDA, llevó a los redactores de esta licencia a prohibir la creación de obras derivadas, cuando *la ley sí permite la libre creación de obras derivadas*, pues en México la facultad de transformación sólo sirve para controlar la difusión de obras derivadas, no así su creación (*cfr.* los aa. 27, fr. VI, y 78 de la LFDA).

⁷⁴⁴ Hanania, Lílían Richieri, *op. cit.*, nota 400, p. 456; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 224; Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, p. 391; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 6.

⁷⁴⁵ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 49; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 730, p. 104; y Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 9.

Como bien explica Elkin-Koren, esta clase de licencias son una respuesta ante el fenómeno del crecimiento de los derechos de explotación y el fortalecimiento de las industrias culturales, resultante de que los legisladores de varios países están cooptados por estos grupos de interés económicos y la respuesta de los tribunales ha sido muy tibia. Así, una opción que a muchos les parece viable es una regulación de carácter privado, promovida por los involucrados⁷⁴⁷.

Una vez hecha esta breve referencia a dicha clase de licencias, procederemos a su crítica. Las licencias *creative commons*, presentan diversas clases de problemas: de teoría del derecho, de filosofía política, de explotación a los autores, de falta de seguridad jurídica, de anglocentrismo, y de contraposición a los derechos fundamentales. Algunos son meramente técnico-jurídicos y podrían resolverse con reformas legales, pero otros son de fondo y convierte a estas licencias en instrumentos contradictorios en su esencia. Explicuemos cada uno de esos problemas.

Las licencias de *creative commons* tienen un serio *problema de teoría del derecho*, ya que se basan en las reglas de las legislaciones autorales para contradecir los principios de las mismas leyes y de otros ordenamientos superiores. Veamos.

Como explicamos en el primer capítulo de la presente investigación, las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios. Las primeras son mandatos definitivos de aplicación todo o nada, mientras que los segundos son mandatos *prima facie* (mandatos de optimización), los principios tienen mayor densidad normativa que las reglas y ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible⁷⁴⁸. Los principios pueden ser tanto implícitos como explícitos⁷⁴⁹.

Ahora bien, cuando la conducta de un sujeto se ampara en una regla pero incumple un principio, estaríamos ante la figura del *fraude de ley*, la cual nos es explicada por Atienza y Ruiz Manero de la siguiente forma:

La estructura del fraude consistiría, así, en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada “norma de cobertura”), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (“norma defraudada”).

(...)

Así pues, en el fraude no se viola, en realidad, ninguna regla, ni directa ni indirectamente; *lo que se viola es un principio*. Sin embargo, dada la conexión justificativa que existe entre reglas y principios, esa violación de los principios lleva a modificar la regla (cuya falta de justificación ha quedado de manifiesto precisamente por el acto fraudulento), para restaurar de esa forma la coherencia del ordenamiento (la adecuación entre principios y reglas)⁷⁵⁰ (énfasis añadido).

En este sentido, *Creative Commons* argumenta que sus licencias cumplen con las reglas del *copyright*⁷⁵¹ (lo cual es cierto, por lo menos, conforme a la legislación estadounidense y similares), sin embargo, constituyen un verdadero fraude de ley *por contravenir principios* elementales de muchas de leyes de derechos de autor (aquellas que no son predominantemente utilitaristas), en particular, en lo que se refiere a la finalidad de conceder una protección amplia y de orden público a los autores.

⁷⁴⁶ Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 288; Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 119; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 52; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 223; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 7.

⁷⁴⁷ Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, pp. 375 y 376.

⁷⁴⁸ Cfr. el apartado 3.1 de dicho primer capítulo.

⁷⁴⁹ Wróbleski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 1a. reimp., Fontamara, 2003, pp. 206 y 207.

⁷⁵⁰ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 74 y 76.

⁷⁵¹ Vid. *supra* nota al pie 740 del presente capítulo.

Es decir, las licencias *creative commons* se basan en reglas de las leyes autorales para lograr fines contrarios a esas leyes autorales: *la desprotección del autor*⁷⁵². Buscan robustecer el dominio público⁷⁵³ a través de reglas legales que no tienen la finalidad de ser instrumentos para que las obras pasen –aunque sea parcialmente– al dominio público⁷⁵⁴. Es decir, se utilizan en forma artificiosa las reglas de contratación autoral (cuyo principal propósito es generar ingresos económicos a los autores⁷⁵⁵), para conseguir que se robustezca parcialmente el dominio público.

Así, se usan las reglas de contratación autoral (normas de cobertura) para lograr un fin contrario a los principios que sustentan los derechos de autor (al menos en países del *droit d'auteur*): desprotección al autor, falta de remuneración a este y entrada prematura al dominio público. Esto, desde luego, tiene implicaciones en relación con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, como veremos líneas abajo.

Otro problema que presenta *Creative Commons*, es de *filosofía política*, pues se trata de licencias que se basan absolutamente en el régimen jurídico vigente en la materia, cuando sus principales impulsores y adherentes son francos opositores a la regulación actual⁷⁵⁶. *Creative Commons* es popular, tanto entre quienes buscan minimizar los derechos de autor, como entre quienes buscan abolirlos.

En este sentido, acertadamente exponen Dutfield y Suthersanen: “Authors who embrace the Creative Commons movement do not necessarily believe in the copyright system, on which the Commons movement frankly relies”⁷⁵⁷. En similares términos encontramos a Raquel Xalabarder, quien dice que: “el proyecto CC sufre una cierta incoherencia interna: quiere fomentar el uso libre y gratuito de obras, pero para ello utiliza un mecanismo claramente ‘propietario’, la licencia”⁷⁵⁸.

⁷⁵² “Creative Commons advocate the use of copyrights in a rather subversive way that would ultimately change their meaning”. Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, p. 376.

⁷⁵³ “We work to increase the amount of creativity (cultural, educational, and scientific content) in ‘the commons’ — the body of work that is available to the public for free and legal sharing, use, repurposing, and remixing” (énfasis añadido). <http://creativecommons.org/about/what-is-cc>, octubre de 2009.

En este sentido, McDonald explica: “The CC licences, then, are a way to ‘grow’ the public domain within the current copyright framework”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 225.

Si bien no es una entrada al dominio público, técnicamente hablando, es una situación “como sí” la obra estuviese en dominio público (como afirma Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 6), ya sea total o parcialmente, según la amplitud de la licencia elegida.

De ahí que se hable, incluso, de “dominio público voluntario”. Cfr. Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 712, p. 31.

⁷⁵⁴ En efecto, el mecanismo diseñado por los legisladores para que las obras (o mejor dicho: los elementos protegidos de las obras) entren al dominio público es el vencimiento de la duración de los derechos de explotación, no los contratos autorales.

⁷⁵⁵ Cfr. Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 732, p. 252; Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 24; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO / CINDOC, 1997, pp. 102 y 103; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 146.

⁷⁵⁶ “Creative Commons’ ideology, as expressed in its publications and practices, reflects a minimalist approach, seeking to enhance access to creative works”. Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, p. 388.

Cfr. asimismo, Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 489, p. 23.

⁷⁵⁷ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 77.

Cfr. también Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 264.

⁷⁵⁸ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 11.

Ahí hay una contradicción interna en cuanto a esta clase de licencias, pues se utiliza la regulación vigente en la materia, para mermar desde adentro la protección a los autores. Es algo así como un caballo de Troya.

Por otro lado, algunas licencias de *creative commons* tienen un muy reprochable problema de *explotación a los autores*, lo cual no sólo trasciende el ámbito jurídico, sino que las hace moralmente inaceptables (al menos con su clausulado actual).

En efecto, tres de las seis licencias permiten a los usuarios explotar comercialmente las obras licenciadas⁷⁵⁹. Así, el autor autoriza el uso de una obra *gratuita y perpetuamente* a todo aquel que acepte los términos de la licencia, pero el licenciatarío puede servirse de la obra con fines comerciales; es decir, tales licencias permiten que cualquier persona pueda explotar libremente el trabajo ajeno, sin repercutirle ingresos al autor.

Si bien el autor está facultado para, en cualquier momento, cambiar los términos de la licencia, las licencias otorgadas previamente quedan firmes⁷⁶⁰, y la persona autorizada puede *lucrar perpetuamente* con la obra. Además, el autor *nunca* recibirá ingreso alguno del dinero que genere su obra derivado de esas licencias, pues las mismas son forzosamente gratuitas.

Esto, veremos adelante, carece de validez en México y en muchos países, pero además, es muy cuestionable que otros lucren con el esfuerzo ajeno sin remunerarlo. El que alguien otorgue gratuitamente su trabajo para que otro lo explote perpetuamente, no sólo fomenta un empresariado parasitario del trabajo ajeno, sino que es una forma de explotación a los autores, pues incluso si estos se arrepienten de esa decisión, la licencia no les permite frenar esa explotación.

Además esto se agrava, pues de las licencias que permiten usos comerciales, sólo la identificada como “Atribución–Licenciamiento Recíproco” tiene el componente *share-alike*, el cual obliga a que una obra derivada basada en una preexistente licenciada bajo *creative commons*, tenga a su vez que ser licenciada en este esquema (carácter viral). Así, cualquiera puede tomar gratuitamente obras preexistentes, pero tener control absoluto sobre su obra derivada y ser la única persona que lucre con ella, sin que esté obligado a distribuir gratuitamente su trabajo.

Asimismo, en el caso de las licencias que supuestamente no permiten el uso comercial de las obras, tales instrumentos se encuentran redactados en forma tan mañosa que abren la puerta para permitir ciertas utilidades lucrativas. Por ejemplo, en las versiones “mexicanizadas” de las licencias se dice: “Le queda prohibido ejercer los derechos conferidos en la cláusula 3 descrita anteriormente si el *propósito principal* de dicho ejercicio es la obtención de ventaja comercial o compensación monetaria personal o lucro” (énfasis añadido). El hecho de que sólo se excluyan usos de las obras que tiendan a obtener *directamente* ventajas económicas (propósito principal), significa

⁷⁵⁹ Se trata de las licencias “Atribución”, “Atribución–No Derivadas” y “Atribución–Licenciamiento Recíproco”, <http://creativecommons.org/about/licenses>, y <http://creativecommons.org.mx/licencias/>, abril 2010

Esto también sucede con las versiones “mexicanizadas”, visibles en la página web: <http://creativecommons.org.mx/licencias/>

⁷⁶⁰ “Creative Commons licenses are non-revocable. This means that you cannot stop someone, who has obtained your work under a Creative Commons license, from using the work according to that license. You can stop distributing your work under a Creative Commons license at any time you wish; but this will not withdraw any copies of your work that already exist under a Creative Commons license from circulation, be they verbatim copies, copies included in collective works and/or adaptations of your work. So you need to think carefully when choosing a Creative Commons license to make sure that you are happy for people to be using your work consistent with the terms of the license, even if you later stop distributing your work”. <http://wiki.creativecommons.org/FAQ>, octubre de 2009.

que las licencias *creative commons* permiten lo que en nuestro marco jurídico se llama “lucro indirecto”⁷⁶¹, es decir, el uso no pagado de obras en casos como los bares, restaurantes, aviones, camiones, puesta a disposición en Internet en forma gratuita, etc.^{762, 763}.

De igual forma, muchos de los impulsores de *Creative Commons* se quejan de que el sistema vigente de protección sólo beneficia a los grandes consorcios mediáticos y perjudica a los autores independientes; sin embargo, es impensable que Disney o Mattel sometan sus derechos a licencias *creative commons*, mientras que esta clase de licencias sí permite que tales empresas usen (y exploten) creaciones de autores independientes en forma gratuita y perpetua. ¡Vaya forma de fortalecer a los pequeños creadores y quitarle poder a las grandes empresas!⁷⁶⁴

Como afirma Canut: “Ciertamente, hay muchos que confunden conocimiento libre con ‘libre apropiación del trabajo ajeno’”⁷⁶⁵.

Por lo que hace a los problemas de *seguridad jurídica* de *Creative Commons*, estos son varios. De entrada, y como explicamos más abajo al tratar su problema de anglocentrismo, las licencias *creative commons* no son válidas en México, por contravenir tanto la LFDA, como por no perfeccionarse el consentimiento entre los contratantes en términos del CCF y del Código de Comercio. Empero, los impulsores de estas licencias afirman que son perfectamente seguras y recomiendan su utilización⁷⁶⁶, lo cual constituye un engaño a quienes las utilicen pensando en que sí tienen validez, cuando en realidad no la tienen.

Otro aspecto por el que *creative commons* generan inseguridad es porque, por un lado, impulsan a los autores a licenciar su obra bajo ese esquema sin intervención y asesoría de abogados⁷⁶⁷ (recordemos que Lessig es “jurista-fóbico”⁷⁶⁸), pero en caso de que un usuario viole los términos de la licencia, se deja solo al autor sin proporcionarle

⁷⁶¹ El segundo párrafo del a. 11 del Reglamento de la LFDA, dispone: “Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate”.

⁷⁶² Como bien dicen Dakin y McDonald, no hay razón por la que empresas y negocios que deben (y pueden pagar) por la utilización de obras, no lo hagan. *Vid.* Dakin, Helen, y McDonald, Ian, “Some comments on Creative Commons licences”, Documento A06n06, Australian Copyright Council, Gobierno de Australia, 2006, p. 2.

⁷⁶³ Para más detalles sobre lo problemático de la expresión “no comercial” en las licencias CC y sus posibles consecuencias litigiosas, *cfr.* Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum on creative commons licenses”, Asociación Literaria y Artística Internacional, enero de 2006, p. 6.

⁷⁶⁴ *Cfr.* McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 226.

En este sentido, Lipszyc indica: “Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual que mucho esfuerzo e ingenio demandaron para su aceptación y aprobación. En diversos países se suceden proyectos de leyes que, de una u otra forma, socavan los derechos de los autores, aprovechando la desinformación que aún subsiste en torno a la materia. Estas perniciosas iniciativas son alentadas por poderosos intereses comerciales que se erigen en víctimas de una supuesta carga que, según argumentan, desalienta la inversión o atenta contra la difusión de la cultura”. Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho” en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 105.

⁷⁶⁵ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 42.

⁷⁶⁶ “Creative Commons ofrece herramientas que permiten a los autores optar, de manera libre y segura, por un esquema de ‘Algunos derechos reservados’”. *Cfr.* <http://creativecommons.org.mx/que/>, abril de 2010.

⁷⁶⁷ “Lo único que necesitas es decidirte y utilizar la herramienta de publicación que te ofrecemos en donde, con unos cuantos clicks, podrás obtener la licencia que mejor se adapte a tus necesidades”. <http://creativecommons.org.mx/faq/>, octubre de 2009.

⁷⁶⁸ *Cfr.* las notas al pie 649 y 652 del presente capítulo.

ningún tipo de ayuda, y se le insta... ¡a contratar un abogado!⁷⁶⁹ Este sistema, nos parece, entraña una cierta irresponsabilidad, pues se le convence al creador de lanzarse al agua, pero si algo empieza a salir mal, *Creative Commons* se lava las manos y le da la espalda a los autores para que estos traten de solucionar su problema como mejor puedan.

Someter una obra a una licencia de *creative commons* es fácil (y poco costoso), resolver los problemas jurídicos que eventualmente puede ocasionar, no lo es tanto (y resulta algo oneroso)⁷⁷⁰.

Otro aspecto donde las licencias *creative commons* generan inseguridad jurídica es, precisamente, en el acto de elegir un tipo de licencia y marcar la obra con la misma. En efecto, en la difusión en línea de obras, estas pueden someterse a una licencia *creative commons* mediante la anexión de un archivo (“licencia legible para la máquina”) extraído del sitio web de *Creative Commons*, y en las obras difundidas fuera de línea, mediante la incorporación de un leyenda que indique el tipo de licenciamiento. Nada más. De esta forma, hay inseguridad jurídica en tanto cualquier persona puede marcar como de *creative commons* una obra, ¡aunque no sea el autor de esa obra!⁷⁷¹

Esto genera inseguridad jurídica para los autores, pues sin ellos quererlo, otras personas pueden subir su obra a Internet y someterla a una licencia de *creative commons*, para luego iniciar su irreversible difusión. Pero también genera inseguridad jurídica a los usuarios, pues el mero hecho de que una obra tenga el marcado o los códigos de *creative commons*, no significa que en realidad el verdadero titular de los derechos haya licenciado tal obra en esos términos (y por lo tanto, en cualquier momento podría presentarse una demanda por uso no autorizado).

Cuestión que se agrava si tomamos en cuenta el texto de las propias licencias, en donde el que otorga la licencia *creative commons* no responde de la titularidad de los derechos de explotación. En este sentido, encontramos la cláusula 5 de la versión 2.5 de las licencias “mexicanizadas”:

5. Declaraciones, Garantías y Exclusión de Responsabilidad.

SALVO QUE LAS PARTES ACUERDEN POR ESCRITO ALGO DISTINTO, EL LICENCIANTE OFRECE LA OBRA “TAL COMO ESTÁ” Y NO HACE DECLARACIONES CON RESPECTO A LA OBRA NI OFRECE NINGÚN TIPO DE GARANTÍA, YA SEA EXPRESA, IMPLÍCITA, LEGAL O DE OTRO TIPO, EXCLUYENDOSE DE MANERA ENUNCIATIVA MAS NO LIMITATIVA, DE LAS GARANTÍAS DE TITULARIDAD, DE QUE SEA ADECUADA O APROPIADA PARA EL USO ESPECÍFICO PARA EL QUE FUE DISEÑADA O PARA EL USO ESPECÍFICO PARA EL QUE SE NOTIFICÓ IBA O PODÍA SER UTILIZADA, DE NO VIOLACIÓN DE OTROS DERECHOS, DE LA AUSENCIA DE

⁷⁶⁹ En el sitio web de la versión mexicana, se señala: “¿En caso de que una obra que se encuentra bajo una licencia de Creative Commons sea usada de manera distinta a los términos de la misma, me ayudarán a hacer valer mis derechos? No, Creative Commons no es un despacho de abogados ni brinda asesoría legal, en caso de que existan violaciones a los derechos del titular de la obra, este deberá buscar asesoría personalizada para buscar remedio al caso en particular”. <http://creativecommons.org.mx/faq/>, octubre de 2009.

En términos semejantes encontramos el sitio web genérico de *Creative Commons*: “Can CC give legal advice about its licenses or help with CC license enforcement? No. We are not permitted to provide legal advice or legal services to assist anyone with enforcing Creative Commons licenses. We are not a law firm. We're much like a legal self-help site that offers free form-based legal documents for you to use however you see fit”. http://wiki.creativecommons.org/FAQ#Can_CC_give_legal_advice_about_its_licenses_or_help_with_CC_license_enforcement.3F, octubre de 2009.

⁷⁷⁰ O como dice la Asociación Literaria y Artística Internacional: “CC license may make it easier to grant rights, but it does not put an author in a better position to enforce her rights”. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 6.

⁷⁷¹ Para más detalles y algunos precedentes, *cfr.* Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, p. 419.

VICIOS OCULTOS U OTRO TIPO DE DEFECTOS O ERRORES O DE PRECISIÓN, YA SEA QUE SEAN EVIDENTES O NO. EN VIRTUD DE QUE CIERTOS PAÍSES NO ACEPTAN ESTAS EXCLUSIONES DE RESPONSABILIDAD, LO DISPUESTO EN ESTA CLAÚSULA PUEDE NO SER APLICABLE A SU CASO. (Énfasis añadido).

¡Vaya seguridad jurídica en estas licencias, cuando el licenciante ni siquiera garantiza ser el titular de los derechos sobre la obra licenciada! Dicha cláusula 5 es, evidentemente, una mera traducción literalista de una licencia estadounidense, la cual contraría el derecho de las obligaciones y el derecho del consumidor de nuestro país. Pero no sólo eso, sino que en una relación de buena fe (como la que se presume en todo contrato) el licenciante de una obra lo *mínimo* que debe garantizar es ser el titular de los derechos (tener aptitud para conceder la autorización) y asegurar el uso pacífico de la obra⁷⁷².

Ni el texto de las licencias, ni el sistema de etiquetado de *creative commons*, dan la más mínima garantía al licenciatarario de que está adquiriendo el permiso del titular de los derechos, y, por ende, no hay garantía alguna de que el uso que el licenciatarario haga de la obra sea lícito y de que no está incurriendo en alguna responsabilidad jurídica⁷⁷³.

Esto también puede traer problemas en las obras en coautoría, pues aunque no todos los autores de una misma obra estén de acuerdo en licenciar esa creación bajo *creative commons*, basta con que uno de ellos tome esa decisión y lance la obra a Internet bajo una licencia de ese tipo.

Otro problema de seguridad jurídica deriva de la cuestión de la irrevocabilidad, en tanto las licencias de mérito son expresamente irrevocables. E incluso, si un juez declarara nulo ese pacto de irrevocabilidad, aun así la inseguridad del titular de los derechos de explotación se derivaría del hecho que las licencias *creative commons* no tienen modo alguno de identificar a todos los licenciatararios, por lo que notificarles la revocación es prácticamente imposible⁷⁷⁴.

También se ha puesto de manifiesto que los símbolos para cada clase de licencia y los sumarios que resumen los términos y condiciones, son poco precisos y hasta engañosos, pues no reflejan fielmente el verdadero alcance jurídico de las licencias⁷⁷⁵.

Los problemas de *anglocentrismo* son los más obvios de las licencias *creative commons*, ya que se trata de una solución jurídica ideada por abogados estadounidenses conforme a la legislación de EUA⁷⁷⁶.

⁷⁷² De hecho, esto es una obligación de orden público (no puede pactarse lo contrario) en todos los contratos autorales típicos previstos en la LFDA, como se desprende de los aa. 52 fr. II, 60, 65, 67, 72 y 76 de esa ley.

Parece que los redactores de las licencias que ahora se critican, olvidaron la inveterada máxima existente desde el derecho romano: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*.

⁷⁷³ En este sentido, explican Dakin y McDonald: “The net effect of these difficulties is that using material in reliance on a CC licence will generally be too risky to be worthwhile”. Dakin, Helen, y McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 762, p. 3.

Mientras que Xalabarder indica: “el autor de la obra publicada ilícitamente bajo una licencia CC deberá luchar contra el infractor inicial y contra los subsiguientes infractores de buena fe (que hayan hecho uso de ella pensando que llevaban a cabo un acto válidamente autorizado por el autor)”. Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 8.

Vid. también McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 233.

⁷⁷⁴ Dakin, Helen, y McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 762, p. 2.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁷⁷⁶ Sobre los problemas de compatibilidad con las legislaciones de otros países, *vid.* Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 732, p. 265.

En este sentido, Canut indica, respecto del movimiento de cultura libre, que: “las herramientas jurídicas de que se ha dotado son contrarias a nuestro ordenamiento y, en las más de las ocasiones, innecesarias”. Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 123.

Esto se refleja, por ejemplo, en que los redactores de las licencias *creative commons* no habían tomado en cuenta la cuestión de los derechos morales⁷⁷⁷ (básicamente la facultad de integridad). Esto es muy evidente en las primeras versiones de las licencias, donde se permitía la modificación de las obras.

Ante la crítica, las nuevas versiones de las licencias (2.5, 3.0) limitan el concepto de adaptación a obras derivadas (ya no facultan para modificar *per se* la obra primigenia) y se hace una declaración expresa de que no se afectan los derechos morales.

Si bien *Creative Commons* se ha dado a la tarea de adaptar el texto de sus licencias a diversos sistemas jurídicos⁷⁷⁸, esas licencias siguen conservando, no sólo cláusulas propias del sistema contractual estadounidense, sino que en muchos casos son abiertamente contrarias a la legislación aplicable. El derecho mexicano es un buen ejemplo de esto.

Como explicamos en el apartado 5.2.5 del capítulo segundo de este trabajo, y como coincide la mayoría de la doctrina mexicana⁷⁷⁹, en nuestro país no se permiten las cesiones propiamente dichas del derecho de explotación (pues no hay transmisión de la titularidad del derecho), por lo que nuestra ley regula un negocio contractual único al que llama indiferentemente “licencia”, “cesión”, “transmisión”, “autorización”, etc⁷⁸⁰. Pues bien, según nuestra LFDA, todo contrato donde se autoriza el uso de una obra, debe cumplir con tres reglas básicas: temporalidad, onerosidad y formalidad escrita.

Las licencias *creative commons* no cumplen con el requisito de *temporalidad* de la LFDA, pues mientras la ley exige que todo contrato sea temporal⁷⁸¹ y, que, como regla general, el plazo no exceda de 15 años⁷⁸², las licencias *creative commons* son perpetuas e irrevocables.

⁷⁷⁷ “Semejante ‘batalla’ por los derechos patrimoniales nos ha llevado a olvidar el germen de los derechos de autor; aquello que, desde la tradición jurídica del ‘Ius Civile’, conocemos como derechos morales; que son, en última instancia los que dan fuerza y sentido a cualquier movimiento en favor de la cultura libre”. Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 31.

⁷⁷⁸ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 7.

“National ‘projects’ take responsibility to adapt the licenses to local conditions, and to promote the licenses to the public”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 223.

⁷⁷⁹ Por ejemplo, De la Parra Trujillo, Eduardo, “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IIJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero a agosto de 2007, p. 106 (con errores de edición); Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “¿La vida ‘en línea’?: Un esbozo sobre el derecho de la comunicación telemática” en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho de la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IIJ-UNAM, 2000, p. 361; Ortega González, Salvador, “Y los títulos de las obras..., ¿están protegidos?”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 13; Rangel Ortiz, Alfredo, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor. ¿Cesión de derechos?” en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 264; Román Esnaurrizar, Luis Gerardo, *La transmisión del derecho patrimonial de autor*, tesis para obtener el título de abogado, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, p. 141; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 594, pp. 110 y 111.

Sobre la misma cuestión en otras latitudes, *cfr.* Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 56; Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 144; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 95, p. 219; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 672, p. 272; VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, p. 51.

⁷⁸⁰ Para más detalles, *cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 779, pp. 112 a 123.

⁷⁸¹ A. 30 de la LFDA.

⁷⁸² A. 33 de la LFDA.

Asimismo, las referidas licencias son contrarias a la regla de *onerosidad*, ya que la LFDA determina que todo contrato autoral es oneroso⁷⁸³ y que la contraprestación monetaria es irrenunciable⁷⁸⁴, pero las licencias *creative commons* establecen el carácter gratuito del contrato.

Es evidente que, en su esencia misma, las licencias *creative commons* son contrarias al sistema de contratación de la LFDA, el cual, al ser de orden público⁷⁸⁵, no admite pacto en contrario.

Sin embargo, esas no son las únicas disposiciones de la LFDA que resultan contrariadas por las licencias *creative commons*. Por sólo poner un ejemplo más, cabe destacar que, mientras el a. 26 Bis de la LFDA establece que el derecho de regalías por comunicación pública es irrenunciable, existen algunas licencias *creative commons* “mexicanizadas” en cuyo clausulado se renuncia expresamente a ese derecho⁷⁸⁶. La violación a la ley es incuestionable, pues no se necesita ser un gran experto en derecho para concluir que, si la ley dice que el derecho es irrenunciable, y la licencia trae una renuncia de ese derecho, pues la renuncia es contraria a la ley.

Por otro lado, el anglocentrismo de las licencias no sólo trasciende su contravención a la LFDA, sino que tales licencias no tienen valor jurídico conforme a las más elementales reglas del derecho de las obligaciones vigente en nuestro país.

Como es sabido por cualquiera que conozca los fundamentos del derecho contractual mexicano, dos son los elementos de existencia de un contrato: consentimiento y objeto⁷⁸⁷; de manera que si falta alguno de ellos, no habrá contrato⁷⁸⁸.

El *consentimiento* es el acuerdo de dos voluntades: la del oferente y la del aceptante⁷⁸⁹; de tal forma que el consentimiento se integra cuando se *conjuntan* la policitud (oferta) y la aceptación⁷⁹⁰. Y precisamente, respecto al momento en que se perfecciona el consentimiento entre ausentes, han surgido diversas teorías, a saber: la de la declaración, la de la expedición, la de la recepción y la de la información⁷⁹¹.

En México, destacaron las teorías de la recepción y de la expedición, pues la primera era la contemplada en el Código Civil Federal (y del Distrito Federal)⁷⁹², la segunda fue adoptada por el Código de Comercio⁷⁹³.

⁷⁸³ A. 30 de la LFDA.

⁷⁸⁴ A. 31 de la LFDA.

⁷⁸⁵ A. 2° de la LFDA.

⁷⁸⁶ Por ejemplo, la cláusula 3.e.i de la licencia “Atribución” (versión 2.5) para México, señala que: “El Licenciante renuncia a su derecho exclusivo a recaudar, ya sea de manera individual o a través de sociedades de gestión colectiva, regalías por concepto de la representación o ejecución pública o de la representación o ejecución pública de tipo digital (tal como la transmisión vía Internet) de la Obra” (texto obtenido en <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>, abril de 2008).

⁷⁸⁷ A. 1794 del CCF.

⁷⁸⁸ Sobre el particular, el a. 2224 del CCF establece: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

⁷⁸⁹ El consentimiento puede definirse como “el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan manifestación exterior”. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 249.

⁷⁹⁰ De Pina, Rafael, *Elementos derecho civil mexicano*, México, 8a. ed., Porrúa, 1993, vol. III, p. 281.

⁷⁹¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 789, p. 267.

⁷⁹² Su a. 1807 determinaba lo siguiente en su versión original: “El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación”.

⁷⁹³ El a. 80 del Código de Comercio, antes disponía: “Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta”.

Sin embargo, con las reformas de 2000 en materia de contratación electrónica, se modificó la doctrina del Código de Comercio, de manera que tanto ese código como el civil federal contemplan ahora la *teoría de la recepción*, uniformándose así los criterios⁷⁹⁴. En efecto, el a. 1807 del CCF establece:

Artículo 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes

Y en el mismo sentido, el actual a. 80 del Código de Comercio, indica:

Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedaran perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada.

Así las cosas, concluimos junto con Elías Azar que nuestra “legislación federal incorpora para los contratos electrónicos la tesis internacional de la recepción”⁷⁹⁵. Y esto no debe sorprendernos, pues la tendencia en materia de contratación electrónica es inclinarse por la teoría de la recepción⁷⁹⁶.

Por lo tanto, en los contratos electrónicos celebrados en México, el consentimiento sólo quedará perfeccionado hasta el momento en que el oferente reciba la aceptación. Aunque se haya emitido la aceptación, el consentimiento no se perfeccionará si no llega esa aceptación al oferente. Es decir, *sin tal recepción, no hay contrato*.

Esto es muy relevante en materia de contratos electrónicos sobre derechos de autor, pues muchas de las licencias en línea que actualmente existen, no cuentan con mecanismos para que la aceptación de celebrar la licencia llegue al titular de los derechos de autor.

En efecto, pensemos en una obra musical que es subida a un sitio de Internet por el titular de sus derechos de autor. En el sitio, el titular de los derechos sujeta el uso de esa obra una licencia en la que establece a los usuarios las condiciones en las que podrán utilizarla. Según la licencia, si el usuario descarga o usa la obra, eso se traduciría automáticamente en una manifestación de su aceptación a las condiciones fijadas en la licencia. Sin embargo, el usuario descarga la obra y el titular de los derechos ni siquiera se entera de quién fue el que descargó la canción. Es decir, *no hay recepción de la aceptación*.

Se puede observar que en ese supuesto, la llamada “licencia” no fue tal, pues nunca se perfeccionó el consentimiento, ya que el oferente nunca recibió la aceptación a su peticion de uso de obra. De conformidad con nuestro derecho contractual federal (que es el que aplica en materia de derechos de autor, según el a. 10 de la LFDA) no existió contrato alguno, debido a que faltó uno de sus elementos de existencia: el consentimiento.

Precisamente, ese es el problema que enfrentan las licencias *creative commons* en México, pues aunque los titulares de los derechos de autor sujeten sus obras a alguna de

⁷⁹⁴ En la mayoría de los casos, la contratación electrónica es entre ausentes. Sólo en casos excepcionales se considera que la contratación electrónica es entre presentes, por ejemplo, cuando se hace en *chat* (comunicación en tiempo real).

⁷⁹⁵ Elías Azar, Edgar, *La contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005, p. 224.

Cfr. también Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007, pp. 24 y 25.

⁷⁹⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 336 a 339.

esas licencias, nunca recibirán la aceptación de los usuarios, y por ende, nunca quedan perfeccionados los contratos de licencia.

Esto se explica, en parte, porque las licencias *creative commons* fueron creadas en los EUA, donde suele prevalecer la teoría de la emisión⁷⁹⁷, no la de la recepción. El importar apresuradamente esas licencias norteamericanas (sólo con algunos cambios) a un país con un sistema de contratación autoral muy diferente al de nuestro vecino del norte, y sin haber considerado la aplicación de la teoría de la recepción en México, trae como consecuencia la inexistencia jurídica de las licencias *creative commons*, las cuales, por ende, no producen efectos jurídicos en nuestro país⁷⁹⁸.

Así, otra vez el anglocentrismo hace que la propuesta de las licencias *creative commons* no pueda considerarse como una solución seria y fiable en nuestro país.

Por otro lado, esta clase de licencias presentan también algunas objeciones desde el punto de vista de *los derechos fundamentales*.

En efecto, un primer problema que encontramos en algunas de las licencias *creative commons*, es la apuntada posibilidad de explotación al autor. Esto, como ya vimos, deriva de que tres de las seis licencias, permiten al licenciataria la explotación *comercial* de la obra, sin tener que pagarle nunca nada al autor (dado el carácter gratuito y perpetuo de la licencia). Tal cuestión pone al autor en una posición de cosa, pues la licencia lo está viendo como un mero maquilador de productos culturales, al que ni siquiera hay que pagarle su esfuerzo. Se trata de un aprovechamiento comercial del trabajo ajeno⁷⁹⁹.

Sobre el particular, resultan relevantes las palabras de Pedro Canut (abogado comprometido con el movimiento de cultura libre):

La cultura libre. Se nos llena la boca hablando de cultura libre, de la abolición de las leyes de propiedad intelectual o de ceder los derechos de explotación para que otros puedan crear a partir de nuestros contenidos; sin embargo, la realidad es que lo único que parece preocupar es que algunos músicos puedan remezclar canciones para crear una obra nueva con la que obtener lucro, o que un local de ocio incremente sus ingresos a costa de los derechos de los creadores⁸⁰⁰.

Por consiguiente, ese tipo de licencias va en contra, no sólo de la dignidad del autor (en tanto individuo que debe recibir el fruto de su trabajo⁸⁰¹), sino del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, particularmente en la vertiente de beneficiarse materialmente de la obra creada. Si este derecho ordena que, en forma efectiva, se debe “garantizar a los creadores los intereses (...) materiales que les correspondan por sus obras”⁸⁰², y el sistema *creative commons* promueve que al autor no se le remunere por la utilización de sus obras⁸⁰³ (e incluso abre la posibilidad de que otros lucren con la obra, pero no el autor), podemos ver que no es un sistema que

⁷⁹⁷ En “los países del *common law* predomina la teoría de la emisión, según la cual la comunicación es efectiva una vez que ha sido enviada por el emisor, mientras que en los países continentales prevalece la teoría de la recepción”. De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 336.

⁷⁹⁸ “Because a license is a contractual instrument, in order to be valid, its formation should be in accordance with the respective applicable national law”. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 4.

⁷⁹⁹ *Cfr. supra* el sustento kantiano de esta afirmación en la nota al pie 571 del presente capítulo.

⁸⁰⁰ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, p. 31.

⁸⁰¹ Sobre esto resultan destacables los aa. 7.a y 11.1 del PIDESC.

⁸⁰² Observación general 17 del Coimité DESC, párrafo 10.

⁸⁰³ Afirma McDonald: “the expectation set up by CC licensing is that the creator doesn’t get paid by way of any licence fee”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 227.

contribuya mucho que digamos a esa efectiva tutela de los intereses económicos de los autores.

Inclusive, puede argumentarse que si el legislador regulara o fomentara licencias de este tipo, se estaría violando la condición de *disponibilidad* derivada del a. 15 del PIDESC, según la cual debe existir una legislación y reglamentación adecuada para proteger los intereses materiales de los autores⁸⁰⁴. Esto en virtud de que se trata de instrumentos normativos que facilitarían la explotación comercial de la obra por terceros sin remunerar al autor. Se puede alegar que no habría problema, pues aunque pareciera injusto un contrato así, sería una elección del propio autor conceder una licencia de ese tipo; empero, esto olvida la génesis de las reglas generales de contratación en materia de derechos de autor y la problemática del *laissez faire* contractual, dado el carácter de parte más débil que tiene el autor en sus contrataciones frente a empresarios⁸⁰⁵. Dicho en términos llanos: esta clase de licencias *creative commons* pone en bandeja de plata a los empresarios un instrumento para lucrar con obras ajenas sin pagarle un céntimo al autor (todo lo contrario a la filosofía misma del derecho autoral y del citado derecho fundamental). Por lo tanto, se contraviene el orden público de protección establecido en la LFDA a favor de los creadores.

Por las mismas razones, si un país fomentara las licencias *creative commons* en general, violaría la obligación inmediata de *proteger* el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral (también derivada del a. 15 del PIDESC), pues, como regla general, son contrarios a ese derecho los usos no remunerados de obras⁸⁰⁶, debiendo los estados, más bien, dictar reglas para lograr esa *efectiva remuneración* a los autores, “por ejemplo estableciendo sistemas de administración colectiva de los derechos de los autores, o aprobando leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a su producciones y ofrecerles una remuneración adecuada”⁸⁰⁷.

Mientras que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral busca propiciar que se le pague a los autores por los usos de sus obras, el sistema *Creative Commons* tiende a propiciar los usos no remunerados a los autores.

Desde luego, los defensores de las licencias *creative commons*, argumentan que el hecho de que estos contratos sean gratuitos no impide al autor obtener ingresos por otras vías. De nueva cuenta se habla del dinero que le puede dejar a los autores los conciertos, el *merchandising*, etc. Empero, aquí también podemos hacer la misma crítica que realizamos *supra* (apartado 4.2.1 de este capítulo) al cuestionar las posturas abolicionistas de los derechos de autor: no todo autor puede (o quiere) ser un artista intérprete o ejecutante, hay obras que no son susceptibles de esa clase de explotación (como la mayoría de obras literarias), no se protege al autor –precisamente– por su condición de autor, y, por si fuera poco, se va en contra del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, el cual exige que los intereses económicos de los autores sean “*directamente generados por sus producciones científicas literarias o artísticas*” (énfasis añadido)⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Observación general 17 del Coimité DESC, párrafo 18.

⁸⁰⁵ Sobre el particular, *cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 755, p. 24; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 755, pp. 102 y 103; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 779, p. 137; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 143; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 672, p. 274.

⁸⁰⁶ En este sentido, el Comité DESC explica que los estados tienen la obligación de dictar “leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a su producciones y ofrecerles una *remuneración adecuada*”. Observación general 17, párrafo 31.

De donde se colige que las políticas legislativas que fomenten los usos no remunerados de obras, son contrarias al PIDESC.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 31.

⁸⁰⁸ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 17.

De igual forma se suele afirmar que las licencias *creative commons*, aunque gratuitas, al final terminan beneficiando económicamente al autor pues se trata de una forma de dar a conocer su trabajo y promocionarse⁸⁰⁹.

La verdad es que esto es algo hipócrita, pues a *Creative Commons* le importa más facilitar el goce de obras a los usuarios, que los intereses de los autores:

CC redesigns copyright from the point of view of people who want to use other people's material, not from the point of view of people who create material or invest in the risky copyright industries. It then presents this as a revolution for creators⁸¹⁰.

O como dice Raquel Xalabarder: “el proyecto CC se decanta claramente por el interés del público (el acceso fácil, libre y gratuito a las obras)”⁸¹¹.

Incluso, si una obra se ofrece bajo una licencia de *creative commons*, pero paralelamente se comercializa por el mismo autor, es difícil que eso incentive las ventas y promueva la generación de ingresos para el autor. En este sentido, el análisis económico del derecho nos empuja a pensar que el público siempre acudirá al proveedor u opción que le ofrezca el producto en forma gratuita o a un mejor precio⁸¹². Por lo que “it seems unlikely that any third party would be willing to pay if it knows that other parties have obtained the license for free”⁸¹³.

De igual forma, los seis tipos de licencias están redactadas de una manera tal que tienden a minar el valor de los derechos de autor sobre la obra licenciada, amén de que reducen significativamente el número de opciones de los autores⁸¹⁴. Como veremos a continuación, existen sistemas más flexibles, como *Coloriuris*, que dan más opciones a los autores y no están redactadas en forma tan tendenciosa a favor de los usuarios.

En este sentido, en el momento mismo en que un autor sujeta cierta obra a una licencia *creative commons* (las cuales son no exclusivas y, además, perpetuas), automáticamente ocasiona que esa obra no pueda, nunca –al menos teóricamente–, licenciarse en exclusiva. Esto afecta seriamente los intereses materiales de los autores, pues muchas de las industrias culturales requieren el pacto de exclusividad para tener

⁸⁰⁹ Si bien es cierto que someter una obra a una licencia de *creative commons* puede servir para promocionarla, la verdad es que la licencia, por sí misma, no promoverá la creación ni servirá para destacar del resto de obras que están también en ese régimen de licencias; en contra, una creación licenciada bajo *creative commons* difícilmente sería tomada bajo la tutela de expertos en promover y difundir la obra (como editores musicales o productores de fonogramas). Cfr. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 228.

⁸¹⁰ McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 225.

⁸¹¹ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 11.

⁸¹² Vid. Astudillo Ursúa, Pedro, *Elementos de teoría económica (para los estudiantes de derecho)*, México, 2a. ed., Porrúa, 1994, pp. 49 y 50.

En este sentido, Roemer explica: “El objetivo de los consumidores es obtener el mayor nivel de bienestar posible, mismo que se mide en términos de consumo de bienes y servicios. (...) Así las cosas, tomando en consideración el ingreso con el que cuentan y los precios de los productos, las personas deciden una canasta de bienes y servicios, de la cual buscarán obtener el mayor bienestar posible”. Roemer, Andrés, *Enigmas y paradigmas. Una exploración entre el arte y la política pública*, México, Noriega / UIA / ITAM, 2003, p. 35.

⁸¹³ Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 5.

⁸¹⁴ McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, pp. 228 y 230.

Como bien advierte la ALAI, las licencias *creative commons* se implican una simplicidad en las opciones para licenciar la obra, además de que no distinguen la facultad de reproducción de la de comunicación pública, lo que implica que los autores no están en posibilidad de licenciarlas por separado. Cfr. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, pp. 1 y 6.

condiciones óptimas en el uso de la obra (como sucede con la edición literaria o la producción audiovisual)⁸¹⁵. De esta forma, bien advierten Borghi y Montagnani:

On the other hand, even when the licence granted is non-exclusive, the author's position presents a severe drawback in relation to her economic reward for her creative activity. As a matter of fact, the author's purpose of simultaneously proceeding to commercial exploitation via a commercial licence, and non-commercial dissemination via an open content licence, does not realistically consider that the latter makes the work less appealing to the intermediaries that operate the former. Non-exclusive are definitely less interesting –therefore less valuable– than exclusive licences and their value may even decrease when the intermediary fears that her revenues may be hindered by the free availability of a work she is going to acquire the right on, even though availability is in other formats and by other means⁸¹⁶.

Y en sentido inverso, también se produce el conflicto de las licencias *creative commons* con los contratos exclusivos: si un autor celebra un convenio donde otorga derechos exclusivos sobre su obra, el autor queda impedido a conceder licencias posteriores, aunque sean no exclusivas. De forma que toda obra dada en exclusiva previamente, no puede ser objeto de una licencia *creative commons*⁸¹⁷.

Debido a todo lo anterior, y luego de un análisis del fenómeno *Creative Commons*, la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)⁸¹⁸ advirtió en 2006: “Caveat auctor! Let the author beware before she chooses!”⁸¹⁹. Y es que una de las características incontrovertibles de las licencias *creative commons*, es que son muy controvertidas: “Para algunos autores, resultan un sistema fácil y útil de divulgación y explotación de su obra. Para otros, sin embargo, podrían convertirse en una trampa, teniendo en cuenta su carácter perpetuo, irrevocable y gratuito”⁸²⁰.

Queda claro que la opción de *Creative Commons* no es para todos, ya que no se trata de un esquema económicamente viable para proteger los intereses materiales de los creadores (como exige el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral), pues “authors and educators need to eat. (...) authors who earn their living from their work might be reluctant to use the CC or any other open license”⁸²¹. No queda claro cómo un sistema donde contractualmente se hacen a un lado los derechos de autor, puede beneficiar a creadores profesionales que dependen de los ingresos que les generan esos derechos para poder vivir⁸²².

Normalmente, quienes más apoyan a *Creative Commons* han sido académicos: creadores que se sienten cómodos en facilitar la difusión de sus obras a cambio prestigio y beneficios en su carrera (y que usualmente reciben ingresos salariales de una universidad o por diversos medios, por lo que normalmente no dependen de sus derechos de autor para vivir)⁸²³.

En tal sentido, apunta la ALAI:

A CC license may be appropriate and desirable for some authors, particularly academics, but, given the dangers the license poses to author's prospects for control over and compensation for

⁸¹⁵ Cfr. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 2; y Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 732, p. 265.

⁸¹⁶ Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 732, p. 266.

⁸¹⁷ *Idem.*

⁸¹⁸ Fundada por notables autores del s. XIX (destacadamente Víctor Hugo) y principal impulsora del Convenio de Berna.

⁸¹⁹ Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 2.

⁸²⁰ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 733, p. 11.

⁸²¹ Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 730, pp. 105 y 106.

⁸²² McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 690, p. 225.

⁸²³ *Idem.*

their works, the decision to license should be made with full appreciation of the possible consequences⁸²⁴.

De hecho las sociedades de gestión colectiva no han visto con buenos ojos a *Creative Commons*, pues los autores se desprenden gratuitamente de sus derechos para siempre y sin posibilidad de revocar los contratos⁸²⁵.

En conclusión, si bien consideramos que el propósito de *Creative Commons* es loable y digno de reconocerse (sobre todo ante el crecimiento desmedido de los derechos de explotación), los medios utilizados para llegar a ese fin son muy cuestionables⁸²⁶, generando efectos colaterales nada deseables y afectando los intereses económicos de los autores. No se puede soslayar que a ciertos sectores creativos este tipo de licencias les resulta atractivo y benéfico, pero también hay otro grupo de autores a los que no les ayuda, por lo que no puede constituirse en un esquema generalizado. Por consiguiente, esta propuesta no puede ser la panacea (ni mucho menos una política pública) para resolver la problemática de los derechos de explotación en el ámbito digital⁸²⁷.

4.2.5.- *Coloriuris*.

Coloriuris es un sistema de licenciamiento muy similar a (e incluso inspirado en) *Creative Commons*. Fue fundado en 2005 por el jurista español, Pedro Canut, profesor de la Universidad de Zaragoza.

El propósito de *Coloriuris* es generar un modelo de licencias para la difusión de obras, pero con pleno respeto a las normas jurídicas vigentes (incluidos tratados de derechos de autor y derechos humanos), de manera que se apegan más a la tradición jurídica neorromanista que al *common law* (de donde provienen las licencias *creative commons*).

El propio Canut nos explica el funcionamiento de este sistema de contratación, en su libro *Coloriuris*:

ColorIURIS es una herramienta jurídico-informática que, a partir de unos contratos tipo de cesión de derechos⁸²⁸ elaborados conforme a la legislación de derechos de autor de cada país (...), permite prestar el consentimiento a las dos partes implicadas en el uso de unos contenidos en línea, el titular de derechos y el usuario de los contenidos; de tal forma que ambas partes conservan copia del contrato de cesión y tienen constancia del documento jurídico, de la url a la que afecta la cesión de los derechos, y de la fecha y hora de perfeccionamiento del contrato, con la garantía añadida – para ambos– de que las manifestaciones de voluntad de las partes quedan depositadas en un servidor seguro de un tercero de confianza elegido por el titular de los derechos en el momento de la contratación⁸²⁹.

⁸²⁴ Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 763, p. 2.

⁸²⁵ Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 733, p. 274.

⁸²⁶ En el mismo sentido, Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 736, p. 377.

⁸²⁷ El 2 de abril de 2009, por impulso de *Creative Commons*, se presentó en el Senado una iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet, cuyo a. 40 intentó introducir un reconocimiento legislativo a las licencias *creative commons*, con base al siguiente texto: “El uso, reproducción y distribución de obras y contenidos que se encuentren disponibles a través de Internet bajo una licencia flexible, quedarán sujetos a los términos especificados en la licencia de que se trate”.

Además de los evidentes errores jurídicos (ya vimos que en Internet no puede haber distribución), el texto no definía qué se entendía por “licencia flexible” y si esa clase de licencias debían de cumplir o no con los aa. 30 y ss. de la LFDA.

⁸²⁸ Recuérdese que en España, como en México, la cesión de derechos de autor no implica una enajenación de la titularidad del derecho, sino una autorización de uso que puede ser exclusiva o no.

⁸²⁹ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 549, pp. 137 y 138.

Para gestionar y promover estos contratos, se fundó en España una entidad sin ánimo de lucro, denominada ColorIURIS, A.I.E.⁸³⁰.

Bajo la premisa del absoluto respeto a los derechos morales, los autores pueden autorizar el uso de sus obras mediante el llenado de un formulario, mismo que incluye rubros como el tipo de creación, ámbito geográfico (por países o mundial), duración de la cesión (cuyo mínimo es un año y su máximo es la duración de los derechos de explotación), y extensión de los derechos cedidos –ya sea transformación, distribución, comunicación pública y/o reproducción– (lo cual se hace a través de un sistema de colores)⁸³¹.

Además, existe un tipo de licencia llamada “*coloriuris* patrimonial” que permite hacer cesiones onerosas de los derechos de explotación sobre una obra.

Por consiguiente, en países como México o España, *Coloriuris* presenta una serie de ventajas respecto de *Creative Commons*, a saber:

- a) Existen más opciones de contratos, y por ende, el contenido de la licencia será más acorde con la voluntad del autor;
- b) El consentimiento se perfecciona en forma correcta, pues el oferente recibe la aceptación y conoce a su contratante;
- c) Los contratos no son forzosamente perpetuos, pues deben someterse a una temporalidad (como lo exigen las leyes de países como México o España);
- d) Se pueden dividir territorios;
- e) Existe la posibilidad de que los contratos sean onerosos;
- f) La redacción del clausulado corresponde a nuestra tradición jurídica;
- g) Se dejan a salvo los derechos de simple remuneración.

Resulta claro que el proyecto *Coloriuris*, a diferencia de *Creative Commons*, se toma más en serio el sistema jurídico de países como México (incluyendo el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral), y se toma más en serio a los autores.

Efectivamente, mientras pudimos constatar que *Creative Commons* es un proyecto que se inclina por favorecer los intereses de los usuarios (y no tanto los de los autores)⁸³², *Coloriuris* busca un mayor equilibrio y da un amplio abanico de opciones a los autores para que decidan lo que más les convenga.

Por consiguiente, *Coloriuris* parece no contravenir el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, pues su propósito no es afectar los intereses materiales de los autores (hasta existe la posibilidad de licenciamiento oneroso), sino respetar sus decisiones. Incluso, en el caso de las licencias gratuitas no se presenta este problema, pues pueden estar limitadas temporalmente, por lo que si el autor decide que el acceso a su obra sea gratuito durante dos años, y luego decide cobrar, lo puede hacer perfectamente. Asimismo, la posibilidad de segmentar el ámbito territorial de la autorización contribuye mucho a que no se afecte el derecho humano de los autores.

Sin embargo, y a pesar de ser respetuosa con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, la propuesta *Coloriuris* no sale tan bien librada a la luz de otros derechos fundamentales. Esto en virtud de que *Coloriuris* reposa, absolutamente, en la voluntad del autor o titular de derechos; de manera que si un derecho fundamental

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁸³¹ *Ibidem*, pp. 153 y ss.

⁸³² El hecho de que todas sus licencias sean forzosamente gratuitas, perpetuas e irrevocables, así como que haya pocas opciones de elección, no deja lugar a duda sobre este sesgo de *Creative Commons*.

(como por ejemplo, el derecho a la cultura) exige en, ciertos casos, el acceso a la obra, y el autor no permite tal o propone una contraprestación muy alta, es claro que *Coloriuris* no es útil para lograr esa satisfacción del derecho a la cultura cuando este ha prevalecido sobre los derechos fundamentales de los autores en un caso concreto⁸³³.

Por lo tanto, *Coloriuris* no es una respuesta que nos resuelva de fondo la problemática actual de los derechos de autor en Internet⁸³⁴, por lo que debemos de seguir buscando otras opciones de mayor aliento.

Esto no significa que debemos desechar de plano esta iniciativa, pues, desde luego que contribuye a lograr una mayor flexibilización de la materia y difusión de la cultura, siempre respetando los derechos de los autores. Inclusive, ante iniciativas tan hipócritas y menos equilibradas como *Creative Commons*, *Coloriuris* se vuelve una opción más viable y recomendable (aunque en países como México, no está del todo conforme con la LFDA).

4.2.6.- *Establecimiento de un sistema de derechos de simple remuneración.*

Otra propuesta ha sido el establecer un sistema general de licencias legales (restricciones acompañadas de un derecho de remuneración), lo que facilitaría la circulación de las obras, pero no olvida las necesidades económicas de los autores.

La primera propuesta sería que se hizo sobre el particular, provino de Neil Netanel en 2003, aunque sólo para los sistemas de intercambios de archivos P2P (*peer to peer*).

Este académico comienza reconociendo la existencia de las licencias legales en diversos ordenamientos autorales (incluyendo el derecho de remuneración por copia privada), y reconociendo que se trata de un punto medio entre la utilización gratuita y el control derivado de los derechos de explotación⁸³⁵.

La propuesta de Netanel consiste en que las obras en formato digital puedan ser libremente reproducidas y difundidas en Internet con fines no comerciales (incluyendo la creación y difusión de obras derivadas sin propósito de lucro), y sin afectar otras formas de explotación de las obras. Esto en virtud de que dicho académico considera muy ambicioso aplicar una propuesta en general y reformular todo el sistema de golpe⁸³⁶.

La obligación de pagar la remuneración se impondría a los productos y servicios cuyo valor ha aumentado gracias a las redes P2P, como el *software* para operarlas, computadoras, dispositivos de reproducción y almacenamiento de obras en formato digital (quemadores de CD, aparatos de MP3, etc.), prestadores de servicios de Internet, etc⁸³⁷. Las tarifas se determinarían (y revisarían periódicamente) mediante negociaciones entre representantes de las industrias obligadas a pagar y representantes de los derechohabientes; en caso de no llegar a tal acuerdo, se debería recurrir a un

⁸³³ Es decir, se trata de una iniciativa que no resuelve los problemas de la regulación actual: “the open content movement, per se, cannot eradicate problems that have emerged within the mainstream copyright system”. Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

⁸³⁴ Fuera del ámbito iusfundamental, hay otra serie de críticas que se pueden hacer a *Coloriuris*, por ejemplo, que va en contra de la regla de onerosidad (aa. 30 y 31 de la LFDA); contraviene el plazo máximo de 15 años (a. 33 de la LFDA); la mayoría de las licencias no permite autorizar por separado la reproducción, distribución y comunicación pública; así como no nos termina de convencer que, a través de una licencia gratuita, se autoricen usos onerosos de la obra.

⁸³⁵ Netanel, Neil Weinstock, “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, pp. 31 y 32.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 37 a 39.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 43.

sistema arbitral obligatorio ante la Oficina del *Copyright*⁸³⁸. La remuneración se repartiría según la utilización de la obra en Internet, de manera que las creaciones más usadas obtendrían un mayor porcentaje de la remuneración; para esto se requiere un sistema de gestión de derechos que permita conocer lo que sucede en las redes P2P⁸³⁹

Otros autores se han pronunciado por sistemas de remuneración de este tipo, como Graeme y Zavidow⁸⁴⁰, Lessig⁸⁴¹, y Oksanen y Välimäki⁸⁴². Sin embargo, la propuesta más completa y de fondo es la del profesor de la Universidad de Harvard, William Fisher III, la cual fue formulada en su libro *Promises to keep*. Esta propuesta se distingue por provenir de un estudioso del derecho intelectual que conoce a fondo las normas en la materia, la regulación internacional y el funcionamiento de las industrias del entretenimiento. También destaca porque es de las pocas propuestas críticas que toma en serio a los autores.

El sistema propuesto por Fisher tiene el propósito de que aumente el ingreso de los autores y artistas, al tiempo de que los consumidores paguen menos y los empresarios sigan ganando lo mismo, al menos por el momento⁸⁴³.

Para operar este sistema, se requiere que quienes deseen obtener las remuneraciones realicen un *registro* de la obra en una oficina gubernamental; este registro sería optativo (quienes no quieran participar en este sistema, conservan sus derechos exclusivos). Se habría de cubrir una tarifa para hacer el sistema de gestión autosustentable, aunque la inscripción se realizaría por Internet. Para evitar que alguien registre a su favor una obra que no le corresponde, existiría un sistema de oposición similar al que existe en la mayoría de oficinas de patentes y marcas en el mundo⁸⁴⁴.

Fisher propone que la remuneración a los autores provenga de *impuestos*. Se trataría de una remuneración que compensaría a los creadores, como grupo, de las pérdidas que posiblemente sufrirían ante la imposibilidad de ejercer sus *copyrights*⁸⁴⁵. Vemos aquí una clara influencia de lo que en el ámbito del *droit d'auteur* se ha llamado “derechos de remuneración compensatoria”⁸⁴⁶, aunque Fisher hace una pequeña variación, para incardinarse más al ámbito de las contribuciones que al de las obligaciones civiles nacidas *ex lege*.

Al preguntarse qué gravar para recaudar el dinero, Fisher analiza dos opciones: aumentar el impuesto sobre la renta (alrededor de \$27.00 dólares anuales más por hogar), o crear un impuesto a los bienes y servicios que sirvan para acceder a música y películas. La opción del *impuesto sobre la renta* tiene la ventaja de su eficiencia (no se tendría que incurrir en costos administrativos adicionales para recaudarlo) y no afectaría mucho el comportamiento de los contribuyentes. Sin embargo, su desventaja sería lo impopular de la medida: muchas personas que pagarían el impuesto no se beneficiarían de él, por no ser asiduos consumidores de música o películas; otros, principalmente en los países en desarrollo, alegrarían que esos fondos deberían destinarse a necesidades sociales más urgentes, como salud, educación, combate a la pobreza, etc. (esto nos

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁸³⁹ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁸⁴⁰ Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 692, p. 21

⁸⁴¹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 102, p. 106.

⁸⁴² Oksanen, Ville, y Välimäki, Mikko, “Copyright levies as an alternative compensation method for recording artists and technological development”, *Review of economic research on copyright issues*, vol. 2, núm. 2, 2005, pp. 25 y ss.

⁸⁴³ Fisher III, William W, *Promises to keep. Technology, law, and the future of entertainment*, California, Stanford University Press, 2004, p. 203.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, pp. 203 a 205, y 241.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, pp. 205 a 208.

⁸⁴⁶ Sobre estos derechos, *cfr.* el apartado 5.3 del capítulo segundo de la presente investigación.

demuestra que Fisher tiene una visión mucho más cosmopolita y menos anglocentrista que la de Lessig); y, sobre todo, muchos se opondrán a que con su dinero se financiaran obras que consideraran ofensivas, como creaciones violentas, pornografía, música misógina, etc⁸⁴⁷.

Por lo anterior, y siguiendo a Netanel, Fisher se inclina por un *impuesto a los bienes y servicios* que se usan para acceder a música y películas, el cual gravaría: (a) el equipo para reproducir obras en formato digital, (b) los medios de almacenamiento de esas copias, (c) los servicios de acceso a Internet –siendo esta la principal fuente de estos ingresos–, y (d) los sistemas P2P y otros servicios para compartir archivos. Como consecuencia, este impuesto no lo pagarían los contribuyentes en general, sino sólo los consumidores en proporción a la adquisición que realicen de los bienes y servicios gravados, cuyas tasas impositivas variarían⁸⁴⁸. Aunque este sistema afectaría principalmente a los productores y prestadores de servicios, las tarifas no serían exorbitantes, además de que es común gravar ciertas clases de productos o servicios en particular⁸⁴⁹.

La repartición de lo recaudado se haría en forma proporcional al éxito de las obras en el mercado, de manera que las obras más consumidas serían las que se beneficiarían más de este impuesto. Desde luego, esto no se puede hacer de manera 100% precisa, pero sí con estimados bastante aproximados⁸⁵⁰.

Posteriormente, Fisher explica que los autores y productores extranjeros podrían beneficiarse de este sistema, si hacen sus respectivos registros en EUA, con independencia de que en el país de origen de la obra exista o no un sistema semejante de derechos de remuneración⁸⁵¹. Según el autor en glosa, si el sistema estadounidense produce las ventajas que se esperan de él, podría asumirse que muchos países adoptarían sistemas similares con base a sus oficinas nacionales y, eventualmente, se podría llegar a una oficina de registro mundial⁸⁵². De nueva cuenta, se observa la visión más global de Fisher.

Para implementar este sistema en EUA, Fisher señala que sería tan fácil como hacer un añadido al a. 107 de la *Copyright Act* (relativo al *fair use*) que permitiera a cualquiera la reproducción y comunicación pública de fijaciones sonoras y audiovisuales por medios digitales, así como la creación de obras derivadas registradas bajo este esquema⁸⁵³.

Asimismo, Fisher reconoce que este sistema violaría el Convenio de Berna y el ADPIC, por lo que para su implementación se requerirían ciertas reformas y modificaciones a esos tratados para que el esquema propuesto fuera viable⁸⁵⁴.

De igual forma, el académico en glosa no encuentra ninguna traba constitucional a su propuesta, pues si bien es cierto que la quinta enmienda prohíbe la expropiación sin justa compensación, y si bien el *copyright* es un derecho de propiedad, en el presente caso existiría una justa compensación que haría válida la reforma a la ley⁸⁵⁵.

Una vez expuestos los principales puntos de la propuesta de Fisher, pasaremos a someterla a análisis.

⁸⁴⁷ Fisher III, William W, *op. cit.*, nota 843, pp. 216 y 217.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, pp. 217 a 223.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, pp. 223 a 228.

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 245.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 251.

⁸⁵³ *Ibidem*, pp. 246 y 247.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, pp. 248 y 249,

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 249.

En primer lugar, destaca que es una aportación bastante equilibrada y que busca afectar en la menor medida de lo posible a todos los sectores involucrados. Esto la desmarca de la mayoría de las demás propuestas analizadas en los apartados previos, las cuales buscan, primordialmente, beneficiar a los usuarios de obras, sin darle mayor importancia a los demás sectores involucrados.

En segundo lugar, también supera el anglocentrismo y provincialismo de las otras propuestas, pues aunque está enfocada a su implementación en EUA, toma en cuenta lo que sucede en el resto del mundo, respeta la tradición jurídica de las demás países y no busca imponer su visión propia de los derechos de autor.

En tercer lugar, Netanel y Fisher abrevan de las figuras jurídicas propias del derecho intelectual, adaptándolas a las nuevas necesidades. Como explicamos en el capítulo cuarto del presente trabajo (apartado 2), “non-voluntary licenses have for a long time been an important instrument in balancing the private interest of the right holder with the public interesting the dissemination of knowledge”⁸⁵⁶.

Inclusive, desde un *punto de vista iusfundamental*, la propuesta de Fisher sale bien librada a la luz de los instrumentos internacionales en la materia, sobre todo en lo que se refiere al derecho a la protección jurídico-autoral. En efecto, como vimos en el capítulo tercero de la presente investigación (apartado 5.6.3) y en la opinión del Comité DESC⁸⁵⁷, la protección de los intereses materiales de los autores exigida por el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, no necesariamente debe lograrse con derechos exclusivos, sino que puede alcanzarse mediante derechos de remuneración o el pago a los autores de determinadas cantidades de dinero.

Así las cosas, la propuesta examinada cumple con a DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador.

Sin embargo, si hacemos el análisis a *nivel constitucional*, la propuesta sería inviable en muchos países. En efecto, si bien Fisher demuestra plausiblemente que su propuesta no contraviene la Constitución de EUA, existen varios estados cuyas constituciones expresamente señalan que la protección económica a los autores debe tomar la forma de derechos exclusivos o derechos de “propiedad”, como sucede con Argentina o Costa Rica⁸⁵⁸. Por ende, la propuesta de Fisher no sería viable en principio en esos países, máxime que está destinada a lo que será (o incluso puede argumentarse que ya es) el principal ámbito de utilización de las obras: el digital.

En el caso de México, como ya explicamos⁸⁵⁹, se puede argumentar que nuestra Constitución no exige que los privilegios a los autores y artistas tomen la forma de derechos exclusivos, por lo que un sistema de derechos de remuneración no presentaría, por si mismo, problemas de constitucionalidad.

Por lo que se concluye que, al menos en México, un sistema de derechos de remuneración sería *válido* a la luz de la Constitución y los tratados de derechos fundamentales.

No obstante todo lo ya dicho, y a pesar de ser iusfundamentalmente aceptable, un sistema de derechos de simple remuneración presenta otro tipo de inconvenientes que hay que considerar.

⁸⁵⁶ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 154.

Mientras que Kur indica: “From a European viewpoint, however, legal limitations compensated by remuneration due to the authors and/or right holders are considered as a welcome and useful mechanism for fine-tuning the balance between protection and free use”. Kur, Annette, *op. cit.*, nota 144, p. 12.

⁸⁵⁷ Observación general 17, párrafo 16.

⁸⁵⁸ *Vid.* el apartado 3 del capítulo tercero de la presente investigación.

⁸⁵⁹ *Cfr. idem.*

De entrada, se advierte que las propuestas aquí analizadas implican restringir las facultades de reproducción y de comunicación pública⁸⁶⁰, por lo que tales restricciones deberían aprobar la *regla de los tres pasos*. En principio, autorizar legalmente la comunicación y reproducción pública no comercial de obras musicales y audiovisuales en redes P2P podría considerarse un “caso especial”, por lo que cumpliría con el primer paso de la regla⁸⁶¹. Empero, las propuestas de Fisher y Netanel probablemente no aprobarían el segundo paso, por afectar seriamente el mercado de las obras en Internet⁸⁶². Aunque puede considerarse que si el sometimiento a este sistema de restricciones es voluntario por parte del autor, en ese caso podría considerarse válida la medida.

Ante esto, la solución jurídicamente razonable (como reconoce el propio Fisher), sería modificar el Convenio de Berna y el ADPIC, para permitir introducir esos derechos de simple remuneración⁸⁶³. Sin embargo, ese cambio en el Convenio de Berna requeriría unanimidad de votos, lo cual se antoja prácticamente imposible de lograr.

De igual manera, existen otra serie de inconvenientes prácticos, pues las propuestas estudiadas, al basarse exclusivamente en la voluntad del titular de derechos, muchos elegirán continuar con el modelo de derechos de explotación, tal cual existe hoy en día. Esto significa que, para un número considerable de obras, el problema seguiría igual y no se resolvería.

Por consiguiente, al igual que en el caso de *Coloriuris*, la debilidad de este sistema radica en que su funcionamiento depende de la voluntad de los titulares de derechos de explotación, por lo que *si estos desean seguir conservando sus derechos de explotación (y hay buenas razones para ello) los sistemas propuestos no funcionarían y, por ende, no se resolvería el problema*.

Asimismo, como el propio Peukert reconoce⁸⁶⁴, la elección de a cuál sistema pertenecer, y los cambios entre un sistema y otro, puede complicar las cosas y hacer poco funcional el modelo.

También se critica que los derechos de remuneración son más débiles que los derechos de explotación, dejando en peor situación a su titular en caso de una violación, como nos refiere Von Lewinski:

Although statutory remuneration rights may be the best solution for some kinds of uses, such as private reproduction, it seems short-sighted to claim a protection system based on remuneration rights only rather than exclusive rights. Exclusive rights allow at least to stop ongoing illegal use, while remuneration rights are much weaker: where the remuneration is not equitable or is not even paid at all, it means that no protection in fact exists at all⁸⁶⁵.

En términos semejantes, Guibault explica que el problema de los derechos de remuneración es que, a diferencia de las licencias negociadas, el monto es impuesto por el legislador, y no siempre refleja el valor de mercado de la obra⁸⁶⁶. Mientras que Jalife estima que, aunque debe revisarse a fondo el actual sistema de derechos de autor, debe mantenerse “el ADN de exclusividades que define su génesis y destino”⁸⁶⁷.

⁸⁶⁰ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 160.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 164.

⁸⁶² Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, pp. 259 y 264; y Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 166.

⁸⁶³ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 322, p. 259; y Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 151.

⁸⁶⁴ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, pp. 178 y ss.

⁸⁶⁵ Von Lewinski, Silke, nota 500.

⁸⁶⁶ Guilbault, Lucie, *op. cit.*, nota 357, p. 231.

⁸⁶⁷ Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 489, p. 23.

Intentando superar las críticas a los modelos propuestos por Fisher y Netanel, Peukert propone un sistema (al que llama “bipolar”) en donde se le concedan al titular derechos de remuneración, sólo si no pone medidas tecnológicas de protección y elige no ejercer sus derechos de explotación. Lo interesante de esta propuesta, es que no viola el derecho internacional (ni la regla de los tres pasos, ni la obligación de proteger medidas tecnológicas), pues las restricciones a los derechos de explotación no son impuestas por ley, sino adoptadas libre y voluntariamente por el titular de derechos⁸⁶⁸.

Esta propuesta es muy interesante y lúcida. De entrada, es muy equilibrada; retoma el núcleo del argumento de *Creative Commons*, pero lo hace menos tramposo, pues aunque se basa en la elección por parte del autor, no es una elección de lucrar o dejar la obra para usos gratuitos, sino para *elegir el mejor modelo para obtener ingresos* (derechos de explotación o derechos remuneración), es decir, el autor no se abstiene de obtener beneficios materiales por su obra. Por lo tanto, esta propuesta de Peukert cumple con PIDESC y otros instrumentos de derechos fundamentales (pues protege los intereses económicos de los creadores), y respeta el Convenio de Berna y el ADPIC (pues el legislador no está imponiendo restricciones al derecho de explotación, sino que la cuestión queda a la voluntad del autor).

Sin embargo, la principal crítica a la propuesta de Peukert es de índole práctico: muchos no elegirán el sistema de derechos de remuneración, y seguirán ciñéndose a los derechos de explotación, como sucede en la actualidad, lo cual no soluciona la problemática que hemos expuesto en el presente capítulo, en particular, los casos en que las exigencias de otros derechos fundamentales (como el derecho a la información o a la cultura) que choquen con los derechos de explotación.

En conclusión, si bien las propuestas aquí analizadas son satisfactorias desde un punto de vista iusfundamental (al menos en México y algunos otros países), y superan por mucho otras propuestas como *Creative Commons*, la abolición de los derechos de autor o su minimización, no terminan de resolver muchos de los inconvenientes prácticos y jurídicos, en particular, porque se deja a la voluntad del titular la subsistencia o no de derechos de explotación.

4.2.7.- Conclusiones sobre las principales propuestas.

Del estudio realizado en los apartados previos, podemos concluir que ninguna de las propuestas hechas por los críticos resulta del todo satisfactoria para resolver la problemática de los derechos de explotación en Internet cuando hay una colisión con ciertos derechos fundamentales.

Inclusive, las únicas propuestas acordes con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral (*Coloriuris* y la relativa a la creación de un sistema basado en derechos de remuneración o figuras similares), no satisfacen las exigencias de otros derechos fundamentales, como el derecho a la información o el derecho a la cultura, debido que dependen de la mera voluntad del titular de derechos de explotación; eso sin mencionar los problemas prácticos y la contravención a otros instrumentos internacionales que enfrenta la propuesta de los derechos de remuneración.

Así las cosas, debemos poner los ojos en otra clase de propuestas, cuyo principal reto es ser *respetuosas con todos los derechos fundamentales involucrados (en la mayor medida de lo posible)*, tanto los derechos fundamentales de los autores como los de los usuarios de obras.

⁸⁶⁸ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 546, p. 169.

En el siguiente apartado formulamos nuestra propuesta, la cual no sólo es más completa y equilibrada que todas las reseñadas previamente, sino que también retoma herramientas propias de la teoría general de los derechos fundamentales (la cual estudiamos en el capítulo primero del presente trabajo) para hacerla lo más jurídicamente viable que se pueda.

Como corolario a este apartado, es pertinente citar a Drassinower, para quien la frase “derechos de autor y derechos humanos”, refleja una aspiración y un imperativo. La aspiración de que la problemática que hemos venido apuntando se resuelva mediante el razonamiento jurídico, y no mediante meras ideologías que se limitan a elegir entre uno u otro. El imperativo de que la solución sea jurídica, no mediante la imposición de ideologías⁸⁶⁹.

5.- El mejoramiento del sistema de restricciones al derecho de explotación como solución viable.

Nuestra tesis principal es que los retos que la tecnología digital le ha impuesto a los derechos de explotación (y su correlativa tensión con diversos derechos fundamentales) pueden solucionarse mediante el perfeccionamiento de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

Partimos de la base que la situación actual de los derechos de explotación en Internet no respeta a cabalidad el derecho a la cultura y otros derechos fundamentales (como hemos visto a lo largo del presente capítulo⁸⁷⁰), así como que las restricciones a los derechos de explotación son una figura jurídica que ha servido, en gran medida, para compatibilizar la protección a los autores con las necesidades de los usuarios de obras⁸⁷¹, a pesar de que en la actualidad el sistema de restricciones no ha podido dar respuesta adecuada a muchos de los retos⁸⁷².

De esta forma, más que destruir el sistema de derecho autoral (ignorando los derechos fundamentales de los autores) o transformarlo de raíz, propugnamos por su mejoramiento para satisfacer, en la mayor medida de lo posible, todos los intereses

⁸⁶⁹ Drassinower, Abraham, “Exceptions properly so-called” en Drassinower, Abraham, y Gendreau, Ysolde (coords.), *Langués et droit d'auteur / Language and copyright*, Canadá, Yvon Blais, 2009, p. 223.

⁸⁷⁰ En general, *vid.* De Cock Buning, Madeleine, “Expansion and convergence in copyright law” en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 47; Drassinower, Abraham, “A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, pp. 20 y 21; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 15.

Respecto de este tema, Vela nos indica: “Una amplia literatura sostiene que los derechos de PI se han expandido sin precedentes en las últimas décadas”. Vela Treviño, Carlos A., “Concesión de licencias obligatorias en casos de abuso del derecho de autor en materia de bienes informacionales: explorando dos vías posibles para México” en Ojeda, Lucía, Roldán, José, y Santos, Luis, *Propiedad intelectual y competencia económica*, México, Porrúa / ITAM / ANADE, 2010, p. 211.

⁸⁷¹ Sobre esto, *cfr.* los apartados 1 y 10.1.4.3 del capítulo cuarto del presente trabajo.

⁸⁷² Respecto de este tema, explica Geiger: “freedom of expression is still not sufficiently taken into account by the current copyright laws: exceptions are often still inadequate, particularly exceptions for teaching and research purposes, as well as for infrmational and creative purposes are still lacking. Moreover, they are still, too often, narrowly interpreted and may be ‘disabled’ through technical measures”. Geiger, Christophe, “The influence (past and present) of the Statute of Anne in France” en Bently, Lionel, Suthersanen, Uma, y Torremans, Paul (coords.), *Global copyright. Three hundred years since the Statue of Anne, from 1709 to cyberspace*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 134.

involucrados (y cumplir así con el mandato de optimización derivado de todos los derechos fundamentales en juego)^{873, 874}.

Dos son los aspectos de esta propuesta que pudieran llamar la atención: (a) es una respuesta equilibrada o moderada frente a un debate caracterizado por los extremismos⁸⁷⁵, y (b) por otro lado, pretende echar mano de una figura venida a menos –pero muy útil–, como lo es las restricciones al derecho de explotación.

En efecto, en los últimos años se ha atacado y pretendido erosionar la figura de las restricciones al derecho de explotación⁸⁷⁶, tanto por quienes buscan fortalecer los derechos de autor (porque ven en ella una figura ociosa ante la posibilidad de celebrar licencias y cobrar por ellas)⁸⁷⁷, como por quienes buscan minimizar tales derechos (por considerar que es una figura obsoleta, que en poco ayuda a los intereses de los usuarios)⁸⁷⁸.

Sin embargo, como ya lo señalamos previamente, las restricciones al derecho de explotación, aunadas a otras de las llamadas “válvulas de escape” (como la dicotomía expresión/contenido), hacen compatibles, en una buena medida, las exigencias de protección a los autores con los derechos fundamentales contrapuestos⁸⁷⁹. Como bien dicen Hugenholtz y Okediji, hay que reconocer que las restricciones al derecho de explotación forman parte del núcleo de cualquier sistema de derechos de autor⁸⁸⁰.

Por tal razón, compartimos en lo esencial la propuesta de Sánchez Ambia sobre la necesidad de adaptar las restricciones al derecho de explotación a la tecnología digital, afirmando que:

dicha adaptación, lejos de debilitar al sistema del derecho de autor lo fortalecería y crearía nuevas formas de explotación de las obras en beneficio de los propios autores. Aunado a lo anterior, una adaptación de la norma en ese sentido, devolvería la certeza jurídica al usuario de contenidos y esto tendría como consecuencia la recuperación de la confianza de este en los productores de contenidos y la lógica reactivación del mercado⁸⁸¹.

Desde luego, y como también ya constatamos, existe una gama de problemas que han quedado sin resolver. Esto se debe, en buena medida, a ciertas deficiencias en las restricciones al derecho de explotación. Empero consideramos que si solucionamos las principales fallas del sistema de restricciones al derecho de explotación, podemos llegar al punto de satisfacer, en la mayor medida de lo posible (y nunca en forma absoluta), las exigencias de todos los derechos fundamentales involucrados.

⁸⁷³ En este sentido, hacemos nuestras las palabras de Von Lewinski cuando dice: “Accordingly, it is a matter of fine-tuning and continuously adapting these parameters to new factual circumstances rather than questioning the entire system of protection”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 592.

Asimismo, Bottis y Spinello explican que no tiene sentido debilitar el sistema de derechos de autor y reducir la protección a la mínima expresión, cuando con figuras como las restricciones al derecho de explotación y la no protección de las ideas, se puede lograr el equilibrio y salvaguardar los intereses involucrados. *Vid.* Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 537, p. 188.

⁸⁷⁴ Por tal razón, Drassinower explica que una visión de los derechos de autor basada en derechos fundamentales, sirve para proteger tanto los derechos de los autores como los derechos del público, con base a nociones de dignidad. *Cfr.* Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 870, p. 21.

⁸⁷⁵ *Cfr.* el apartado 4 del presente capítulo (donde se constata que muchos visualizan el problema en términos de una confrontación bélica).

⁸⁷⁶ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 109.

⁸⁷⁷ *Cfr.* el apartado 4.1 del presente capítulo.

⁸⁷⁸ *Vid.*, por ejemplo, las posturas en contra del *fair use* en el apartado 4.2.2 del presente capítulo.

⁸⁷⁹ *Cfr.* el apartado 10.1.4.3 del capítulo cuarto.

⁸⁸⁰ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 145, p. 492.

⁸⁸¹ Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 452, p. 39.

Esta es la mejor vía a nuestro entender, ya que no destruye la figura de los derechos de autor (ni la afecta en su núcleo esencial), al tiempo que es respetuosa con el derecho fundamental protección jurídico-autoral y con los otros derechos fundamentales, además de que no destruye los instrumentos jurídicos existentes ni el entramado internacional vigente.

A continuación detallamos nuestra propuesta personal para lograr el objetivo aquí planteado.

6.- *Propuesta de mejoramiento al sistema de restricciones: derechos fundamentales, derechos de autor y principio de proporcionalidad.*

Según lo ya observado, la vía más sensata para resolver los retos actuales de los derechos de autor es mejorar el sistema de restricciones al derecho de explotación. La pregunta clave es: ¿cómo hacerlo?

En primer lugar, hay que tener presente que los derechos fundamentales deben ser el eje rector de este sistema de restricciones, es decir, se les debe utilizar tanto para entender el sistema en su conjunto, como para hacer los cambios que se requieran. De hecho, ya vimos que los derechos de explotación de autor encuentran su sustento último en el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral⁸⁸², mientras que el principal fundamento de las restricciones al derecho de explotación son otros derechos fundamentales⁸⁸³ (primordialmente, los derechos a la información, a la cultura y a la educación)⁸⁸⁴.

De esta forma, hoy por hoy, sería reprochable no atender esa dimensión iusfundamental del problema en estudio; y no sólo eso, pues debido a su carácter de normas máximas y supremas, no puede hacerse otra cosa más que privilegiar a los derechos fundamentales en la búsqueda de una solución aceptable a la problemática contemporánea de los derechos de autor (y más concretamente, a la de las restricciones a los derechos de explotación).

Lo anterior significa que siempre, como prioridad, se debe buscar el máximo respeto de *todos* los derechos fundamentales involucrados: tanto los derechos de los autores como los derechos de los usuarios de obras. Desde luego, esto se hará en la mayor medida de lo posible, dados los mandatos de optimización que entran en juego.

Dicha postura llevará a soluciones más equilibradas, además de que es lo natural en épocas del neoconstitucionalismo⁸⁸⁵.

En segundo lugar, para que este sistema sea viable y aplicable en la práctica, debe implicar el menor cambio posible a los instrumentos jurídicos hoy vigentes; una propuesta de reforma normativa radical sería muy difícil de implementar a nivel político. Por eso, más que un cambio a las disposiciones jurídicas vigentes, la base debe ser un cambio en el *entendimiento* de esas disposiciones.

En el presente apartado hacemos nuestra propuesta de cómo llegar a un mejor sistema de restricciones al derecho de explotación, lo cual realizamos a partir de lo que llamamos *análisis constitucional de la propiedad intelectual*⁸⁸⁶, y por ende, con

⁸⁸² *Cfr.* el apartado 6.3 del tercer capítulo del presente trabajo.

⁸⁸³ *Cfr.* el apartado 1.5 del cuarto capítulo.

⁸⁸⁴ Igualmente del cuarto capítulo, *cfr.* el apartado 10.

⁸⁸⁵ Sobre la forma en que el pensamiento neoconstitucionalista domina actualmente la actividad de varios tribunales supremos y cortes constitucionales a lo largo del mundo, *cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, "Proportionality, balancing and global constitutionalism", *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, pp. 73 y 74.

⁸⁸⁶ *Cfr.* el apartado 7 del primer capítulo de la presente investigación.

herramientas y técnicas del constitucionalismo contemporáneo, tomando como punto de partida el fenómeno de la constitucionalización (el cual explicamos a continuación).

6.1.- *La irreversible constitucionalización de los derechos de autor.*

Una de las principales razones para hacer de los derechos fundamentales el cimiento de un “nuevo” sistema de restricciones al derecho de explotación, es que no podemos desconocer el fenómeno de la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico, y en particular, la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El régimen jurídico de los derechos de autor y las relaciones jurídicas que de él se derivan no están ajenos a la constitucionalización, por lo que dicho fenómeno debe ser nuestro punto de partida para lograr un mejor entendimiento de las restricciones a los derechos de explotación.

Para fácil referencia del lector, dedicamos las siguientes líneas al fenómeno de la constitucionalización, y su impacto en materia de derechos de autor⁸⁸⁷.

Desde hace varias décadas se ha generado el fenómeno (especialmente en Europa y Latinoamérica) conocido como constitucionalización. Este se presenta como un nuevo paradigma en el mundo jurídico, en tanto refuerza y enfatiza el carácter normativo de la Constitución (antes considerada, principalmente, un documento político⁸⁸⁸), y su necesaria e irremediable influencia en el resto del ordenamiento jurídico y en sus operadores (jueces, autoridades administrativas, abogados, académicos, etc.).

Este concepto nos es explicado de la siguiente manera por Sánchez Gil:

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno producido en el Estado moderno, resultante de su caracterización como “Estado constitucional”, en el cual se da una “especial pretensión de validez (*Geltungsanspruch*)” para la norma fundamental (...). La consecuencia de esta “nueva” visión es una Constitución cuyas normas influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (aun los ordinarios), la actividad de la administración pública y aun la doctrina jurídica, mediante una acción deliberada de los sujetos que tienen a su cargo dichas funciones, de considerar las disposiciones constitucionales al desempeñar su tarea, para darles efectividad en la máxima amplitud posible. Este fenómeno se hizo notable hasta mediados de los años setenta del siglo pasado, por la jurisprudencia sobre derechos fundamentales⁸⁸⁹.

Por su parte, el jurista brasileño, Luís Roberto Barroso, nos dice que la constitucionalización está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, las cuales tienen un contenido material y axiológico que se irradia por todo el sistema jurídico con fuerza normativa. Los valores, los comportamientos y los fines de carácter público contemplados en los principios y reglas de la Constitución

⁸⁸⁷ Por *constitucionalización de los derechos de autor* no sólo debemos entender la plasmación de la protección a los autores en textos constitucionales (y hasta en tratados de derechos humanos), sino, principalmente, los *efectos jurídicos* que dicha situación trae aparejada, señaladamente en la legislación infraconstitucional y en la decisión judicial de controversias sobre derechos de autor.

⁸⁸⁸ Favoreu, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, Universidad Austral de Chile, vol. XII, núm. 1, agosto 2001, p. 39.

⁸⁸⁹ Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 23 a 25.

Cfr. también Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Perspectivas del constitucionalismo moderno” en Pardo Schlesinger, Cristina, y Parra Dussán, Carlos (coords.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 64.

comienzan a condicionar la validez y el sentido de las normas del derecho infraconstitucional⁸⁹⁰.

De ahí que Guastini hable de una Constitución “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal”⁸⁹¹.

En este sentido, mientras que en el estado de derecho decimonónico, el imperio de la ley regulaba la conducta tanto de particulares y, principalmente, de autoridades, con el fin de evitar arbitrariedades, consolidando el *principio de legalidad* (el llamado *rule of law*); en el estado constitucional de derecho, fruto de la constitucionalización, el papel de la ley lo toma la Constitución, siendo esta la norma máxima de conducta para las autoridades y los particulares, incluyendo al legislador, cuyas leyes se conciben como subordinadas a los mandatos constitucionales. De ahí que podamos hablar ahora del *principio de constitucionalidad*. Como bien indica el jurista francés, Louis Joseph Favoreu: “Las cosas ya no son como antes. La ley era ‘el metro’ supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba antaño del principio de legalidad: hoy, de principio de constitucionalidad”⁸⁹².

Así las cosas, la constitucionalización afecta de la siguiente manera a los actores del estado constitucional de derecho⁸⁹³:

- a) **Al legislador.-** La constitucionalización le impone límites a su discrecionalidad para legislar⁸⁹⁴ y le impone ciertos deberes de actuación para realizar los programas y derechos plasmados en la Constitución⁸⁹⁵;
- b) **A la administración pública.-** No sólo le impone límites a su actuación y deberes a cumplir, sino que, independientemente de la interposición del legislador ordinario, se destaca la aplicación directa e inmediata de la Constitución;

⁸⁹⁰ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, pp. 19 y 20.

De hecho, este fenómeno ha venido consolidándose e intensificándose. Vid. Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa / IMDPC, 2006, p. 53.

Asimismo, *cfr.* Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, p. 34.

⁸⁹¹ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. José María Lujambio) en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 153.

⁸⁹² Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, p. 43.

Vid. asimismo, Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, “Las contribuciones del neoconstitucionalismo en la teoría política y jurídica contemporánea” en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gómero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 2.

⁸⁹³ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, nota 890, pp. 20 y 21.

Cfr. también, Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 889, p. 67.

⁸⁹⁴ De ahí que, como ya se dijo, se suela hablar de un “coto vedado” para el legislador. Entre otros, *cfr.* Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 603, p. 37.

⁸⁹⁵ Este es el sustento de figuras como la “inconstitucionalidad por omisión”. Para una visión panorámica sobre este tema, *cfr.* Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión” en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, 2a. ed., IJ-UNAM, 2007, pp. 1 y ss.

- c) **Al poder judicial.-** Por un lado, le da el parámetro para el control de la constitucionalidad (concentrado y/o difuso) de los actos de autoridad, y por otro lado, condiciona la interpretación y aplicación de *todas* las demás normas del sistema jurídico⁸⁹⁶;
- d) **A los particulares.-** La constitucionalización les fija límites a su autonomía de la voluntad, subordinando sus intereses al respeto de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales⁸⁹⁷.

Ahora bien, para los efectos de la presente investigación, hay dos aspectos de la constitucionalización que vale destacar: la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales y el efecto de irradiación de las mismas.

Respecto de la *aplicabilidad inmediata de normas constitucionales*, podemos decir que es el fenómeno por el que todas las autoridades están vinculadas directamente a la Constitución y sus mandatos, sin necesidad de intermediación legislativa⁸⁹⁸. Esto

⁸⁹⁶ Juan Jacobo Calderón refiere que este efecto irradiador sobrepasa a los jueces y llega, incluso, hasta los tribunales de arbitraje. *Cfr.* Calderón Villegas, Juan Jacobo, “Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 113, enero-junio 2007, p. 119.

⁸⁹⁷ En este sentido, Zagrebelsky nos explica: “Ya desde antiguo, se advirtió en el ámbito del derecho privado la necesidad de circunscribir la autonomía individual, previéndose para ello la nulidad de los actos jurídicos que contravinieran ‘el orden público’. En el Estado liberal, sin embargo, esta noción era sólo liminar y servía para establecer (junto a las ‘buenas costumbres’) un límite que la autonomía privada no podía traspasar. El ordenamiento defendía de este modo los valores fundamentales sobre los que se levantaba frente a la anarquía del libre juego de las voluntades individuales. En la actualidad se va mucho más allá. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados”. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 602, p. 93.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, destaca: “Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento. Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada. La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales. Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado”. *Cfr.* “DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597.

⁸⁹⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 889, pp. 33 y 34.

implica que los jueces ordinarios pueden sustentar sus decisiones en la Constitución, incluso con preferencia a lo que diga la ley⁸⁹⁹; y lo mismo puede decirse en relación con la administración pública⁹⁰⁰.

Sobre esta situación nos explica Mendoza Escalante:

El conjunto de derechos fundamentales es *derecho vigente* y en cuanto tal, aplicable por los operadores jurídicos y, en particular, por los jueces. Desde luego, esta circunstancia genera una consecuencia importante en la interpretación de todas las ramas del ordenamiento jurídico y, en términos más claros, la resolución de todo tipo de controversia, a *partir* o *desde los derechos fundamentales* que resulten relevantes en la resolución de las mismas⁹⁰¹. (Énfasis en el original).

Por lo que hace al efecto de *irradiación de las normas constitucionales* (conocido como *Ausstrahlungswirkung*), consiste en que tales normas y sus consecuencias se propagan con la máxima fuerza posible en el derecho ordinario, determinado su contenido y forma de aplicación⁹⁰². Este fenómeno tiene como uno de sus principales alcances la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkung*)⁹⁰³, siendo esta última la punta de lanza del fenómeno de la constitucionalización⁹⁰⁴.

En tal tenor, nos refiere Favoreu que:

Incluso en países como Francia, donde tradicionalmente se ha sostenido que ciertos principios constitucionales no pueden aplicarse con independencia de la ley, ya se ha superado esa postura. *Cfr.* Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, p. 35.

⁸⁹⁹ Una de las técnicas más usuales es la *interpretación conforme* del derecho, por virtud de la cual una disposición normativa debe interpretarse en el sentido que sea más acorde con la Constitución.

Sobre dicha técnica *cfr.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 891, pp. 161 y 162; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 184; Vasconcelos Méndez, Rubén, *Una corte de justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, México, IIJ-UNAM, 2010, pp. 27 y 28; Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 889, p. 65.

De igual forma, *vid.* las siguientes tesis: Pleno de la SCJN, “INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343; Primera Sala de la SCJN, “CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVIII, noviembre de 2008, p. 215; Segunda Sala, “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN” *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, p. 381.

⁹⁰⁰ “El administrador puede y debe actuar teniendo por fundamento directo la Constitución y, en muchos casos, independientemente de cualquier manifestación del legislador ordinario. El principio de la legalidad cambia, de esa forma, para el principio de la constitucionalidad o, quizá más propiamente, para el principio de la juridicidad, comprendiendo su subordinación a la Constitución y a la ley, en este orden”. Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 890, pp. 50 y 51.

⁹⁰¹ Mendoza Escalante, Mijail, “La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado” en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké / Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 166.

⁹⁰² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 893, pp. 43 y ss; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 889, p. 47.

⁹⁰³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 153; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 889, p. 47.

Sobre la *Drittwirkung* en México, *cfr.* Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597.

⁹⁰⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 889, p. 47.

la constitucionalización de los derechos y libertades (...) lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas. Pero eso guarda relación también con las instituciones, en especial con las instituciones administrativas y jurisdiccionales⁹⁰⁵.

Y, desde luego, las relaciones tradicionalmente calificadas como iusprivatistas (como las que predominan en el derecho autoral) también quedan sujetas al influjo constitucional⁹⁰⁶.

En particular, sobre la regulación jurídica de las relaciones entre particulares, hay que señalar que la vinculación entre Constitución y derecho privado ha pasado por tres etapas diversas. En la *primera etapa*, la Constitución y el derecho privado eran mundos separados, la primera era sólo una carta política que meramente invitaba a actuar a los poderes públicos y su concreción dependía de la voluntad del legislador; mientras que codificación civil era la que regulaba detalladamente, y en forma exclusiva, las relaciones entre particulares⁹⁰⁷. “Es claro que las Constituciones del siglo XIX carecieron de vínculos materiales con el Derecho privado”⁹⁰⁸.

La *segunda fase* se genera como consecuencia de la desigualdad material que ocasionó el liberalismo y que derivó en el advenimiento del estado social de derecho, empezándose a limitar la autonomía de la voluntad, creándose normas de orden público, protegiéndose a las partes más débiles de las relaciones jurídicas, generándose un dirigismo contractual y apelándose a la noción de solidaridad social^{909, 910}. Este fenómeno es al que el jurista francés, León Duguit, bautizó como “socialización del derecho”⁹¹¹.

En la *tercera fase* la Constitución se convierte en un filtro conforme al cual debe leerse el derecho privado, imponiendo contenidos materiales a la regulación privatista, destacándose la importancia que se le da a la dignidad humana⁹¹². Puede decirse que esta etapa es un desarrollo o profundización de los postulados planteados en la etapa previa.

Desde luego, pueden mencionarse otras facetas y aspectos de la constitucionalización del derecho, pero los aquí expuestos son más que suficientes para

⁹⁰⁵ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, p. 40.

En el mismo sentido, Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho privado constitucional en Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 29.

⁹⁰⁶ La Constitución, por “estar situada en la cúspide normativa, manifiesta una incidencia en todo el ordenamiento jurídico: también en el Derecho privado”. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 27.

También *cfr.* Calderón Villegas, Juan Jacobo, *op. cit.*, nota 896, p. 118; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 153.

⁹⁰⁷ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 890, pp. 38 y 39.

⁹⁰⁸ De Angel Yágüez, Ricardo, “Algunas consideraciones previas sobre Constitución y derecho privado” en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké / Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 123.

⁹⁰⁹ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 890, p. 40.

⁹¹⁰ Como apostilla, hay que mencionar que esta situación es ampliamente conocida en materia de derechos de autor, en donde encontramos consagrada esta corriente, principalmente en el ámbito contractual, en la que hay una concepción tutelar a los intereses del autor. Sobre esto remitimos al lector al apartado 5.2.5 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁹¹¹ *Vid.*, Duguit, León, *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón*, México, trad. Carlos G. Posada, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 15 y ss.

Asimismo, *cfr.* De Buen, Néstor, *La decadencia del contrato*, México, 2a. ed., Porrúa, 1986, pp. 116 y ss.

⁹¹² Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 890, pp. 40 y 41.

comprender el fenómeno y para poder avanzar en el estudio de sus implicaciones en materia de derechos de autor.

Como ya vimos, la constitucionalización es un fenómeno que impacta directamente en el derecho ordinario, así como en la labor de los jueces; lo cual no excluye al instituto de los derechos de autor (o de la llamada propiedad intelectual en general). Bien apunta Barroso lo siguiente:

En ese ambiente, la Constitución empieza a no ser considerada sólo como un sistema en sí mismo –con su nuevo orden, unidad y armonía– sino como una nueva manera de mirar e interpretar todas las demás ramas del derecho. Dicho fenómeno, denominado por algunos autores como filtraje constitucional, consiste en que todo orden jurídico debe ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, a manera de implementar los valores en ella consagrados. Conforme a lo señalado anteriormente, la constitucionalización del derecho infraconstitucional no tiene como su característica principal la inclusión en la ley mayor de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional⁹¹³.

Así, en la actualidad, la Constitución tiene una fuerte influencia en la creación y, sobre todo, en la interpretación e integración de las normas de derecho autoral⁹¹⁴, ya que esta disciplina no es inmune al proceso de constitucionalización que inunda las demás ramas del derecho⁹¹⁵. Por lo tanto, dado el fenómeno de la constitucionalización del derecho, existe una incidencia de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas reguladas por los derechos de autor⁹¹⁶.

Hoy por hoy, los derechos de autor deben pasarse por ese filtrado o prisma constitucional⁹¹⁷. De ahí que todo gran problema que se presente en materia de derechos de autor, debe tomar en cuenta los derechos fundamentales involucrados⁹¹⁸: desde el derecho a la protección jurídico-autoral⁹¹⁹ hasta los derechos a la cultura, a la información y a la educación, principalmente. Por consiguiente, *todo problema de derechos de autor implica, en última instancia, un problema de derechos fundamentales*.

Desde luego, esta constitucionalización de los derechos de autor impone ciertos límites a poder decisorio del *legislador* ordinario. Al existir un derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, dicha protección es algo que se encuentra en el dominio de las cosas que no se pueden decidir que no, y por tanto, el Estado debe conceder un mínimo de protección a los autores, sin que sean admisibles políticas públicas que abiertamente decidan negar tal protección o tiendan a ocasionar la renuncia a esa tutela (lo que hace que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral sea un verdadero *coto vedado* para el legislador).

⁹¹³ *Ibidem*, p. 34.

⁹¹⁴ La Constitución “se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de aquélla, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos”. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *op. cit.*, nota 906, pp. 163 y 164.

⁹¹⁵ “Las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento común de las distintas ramas del derecho (produciéndose el fenómeno incontestablemente a velocidades diferentes según las materias)”. Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, pp. 41 y 42.

⁹¹⁶ Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 167, p. 430.

⁹¹⁷ De la Parra Trujillo, Eduardo, “La constitucionalización de los derechos de autor”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 15, 2010, p. 19.

⁹¹⁸ En este sentido, Ribeiro explica que toda norma jurídica (incluyendo las legales y las jurisprudenciales) está condicionada a su interpretación a la luz de los principios iusfundamentales. Cfr. Ribeiro Moreira, Eduardo, “Neoconstitutionalism and theory of interpretation”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, núm. 3, 2009, p. 359.

⁹¹⁹ Para más detalles sobre este derecho fundamental, *cfr.* los apartados 5.6 y 6 del tercer capítulo del presente trabajo.

Empero, los otros derechos fundamentales involucrados también restringen la libertad del legislador al momento de regular la materia, en tanto deben ser igualmente observados en la mayor medida de lo posible, constituyendo también un coto vedado.

Pero además, no sólo se imponen prohibiciones al legislador ordinario, sino también ciertos deberes positivos, que se traducen en la realización de una serie de medidas para proteger los intereses económicos y morales de los autores (y hacer efectiva esa protección).

En otro orden de ideas, la constitucionalización de los derechos de autor no sólo afecta al legislador, sino también a los *jueces* (incluyendo los ordinarios) y demás autoridades facultadas para interpretar la ley autoral. Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo⁹²⁰, en la actualidad las responsabilidades y facultades de los jueces son mayores que en otras épocas, siendo estos los garantes de los valores y fines previstos en la Constitución (incluyendo los bienes tutelados por los derechos fundamentales).

De esta forma, si la protección de los autores es algo ordenado por las constituciones y por los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, es evidente que los jueces deben guiar su conducta con base a esos fines iusfundamentales y optimizar esa protección en beneficio de los autores (debiendo, a su vez, también proteger los otros derechos fundamentales involucrados). Por consiguiente, en caso de así requerirlo el asunto, los jueces deben, incluso, aplicar directamente los derechos fundamentales a la par de la legislación autoral⁹²¹.

En particular, la interpretación y aplicación de las leyes de derechos de autor deben basarse en ese mandato de optimización, el cual únicamente puede dejar de ser observado (que no anulado) cuando otro valor constitucional o derecho fundamental requiera lo contrario, previa ponderación y sin atentar contra el contenido esencial de los derechos fundamentales de los autores⁹²².

Así las cosas, en toda controversia en materia de derechos de autor, los tribunales no deben limitarse a *aplicar e interpretar* las leyes sobre derechos de autor, sino también deben servirse de la Constitución y los tratados de derechos humanos, procurando hacer efectivos, al máximo, todos los derechos fundamentales que resulten relevantes⁹²³ (dentro de lo jurídica y fácticamente posible). Por tanto, los derechos fundamentales no sólo son criterios hermenéuticos que ayudan a interpretar las normas ordinarias de las leyes autorales y a integrar sus lagunas, sino que son de aplicación directa por el juez u órgano resolutor de la controversia, por lo que no pueden ser soslayados⁹²⁴.

⁹²⁰ Apartado 1.

⁹²¹ “Tratándose de un derecho casuísticamente normado como el derecho privado, esto no excluye esa aplicación, sino que se integran, conjuntamente las normas de derecho privado y las normas de derechos fundamentales relevantes, como material normativo a aplicarse al caso”. Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 901, p. 166.

⁹²² Sobre la garantía del contenido esencial, *cfr.* la obra de Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003.

⁹²³ En este sentido, Silva García y Silva Meza advierten que de no tomarse en cuenta los derechos fundamentales por el juzgador u órgano resolutor, se corre el riesgo de que en el amparo directo se declare inconstitucional tal resolución, por no tomar en cuenta algún derecho fundamental transgredido, incluso desde que se realizó la relación de derecho privado. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 899, p. 127.

Se observa aquí que estos juristas mexicanos están retomando la tesis de Jürgen Schwabe sobre la *drittwirkung*, en la que los derechos fundamenales sólo obligan al Estado, pero repercuten en las relaciones privadas en la solución judicial de controversias.

⁹²⁴ Al hablar del efecto normativo de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Mijail Mendoza nos explica: “La forma en que se despliega ese efecto normativo es directa, en la medida que el derecho fundamental constituye una norma de conducta entre particulares. Se trata

Inclusive, estas ideas han gozado de aceptación por parte de los más altos tribunales mexicanos. Tal es el caso de lo afirmado por el Pleno de la SCJN en el más destacado asunto de derechos de autor que le ha correspondido resolver, donde afirmó lo siguiente:

El principio de unidad del ordenamiento jurídico, en conjunción con la fuerza normativa de la Constitución, genera que el orden de principios y valores reconocidos en sus disposiciones *difunda sus efectos* a todo el ordenamiento jurídico secundario, *haciendo posible que los contenidos constitucionales presenten un importante dominio en la actividad interpretativa de los órganos jurisdiccionales*⁹²⁵. (Énfasis añadido).

Todo lo antes dicho nos servirá de marco de referencia para entender el sentido en el que avanza el sistema de restricciones al derecho de explotación en nuestra propuesta, así como la metodología e instrumentos teóricos utilizados.

6.2.- Un sistema mixto de restricciones a los derechos de explotación como una exigencia iusfundamental.

En el capítulo cuarto del presente trabajo (apartado 4) vimos que los sistemas de restricciones a los derechos de explotación pueden ser abiertos o cerrados; siendo lo común que los sistemas abiertos pertenezcan al ámbito del *common law* y los cerrados a la familia *nerromanista*.

Cabe entonces hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo debe ser el nuevo sistema de restricciones al derecho de explotación en México: abierto o cerrado?

Si partimos de la base de que este nuevo sistema debe ser respetuoso con las normas iusfundamentales (no podría ser de otra manera) y debe tratar de maximizar *todos* los derechos fundamentales involucrados (en la mayor medida de lo posible), llegamos a la conclusión de que un sistema cerrado difícilmente puede dar una respuesta cabal.

El hecho de que cualquier restricción deba estar en un catálogo formal y materialmente legislativo, de carácter limitativo, se traduce en que no todos los casos en que se requiera restringir el derecho de explotación (por exigencia de la Constitución o de los tratados sobre derechos humanos) existirá tal restricción en ley. El órgano legislativo, por más que quiera hacer un listado exhaustivo y omnicompreensivo de las restricciones al derecho de explotación, difícilmente podrá prever todas las hipótesis relevantes. Esto es fácilmente constatable en un ejercicio de comparación legislativa, pues existe una diversidad de restricciones al derecho de explotación que varían de país en país. Muchas restricciones destacables (y probablemente necesarias) se prevén en la ley de un país, pero no se contemplan en la de otro país. Particularmente, en el caso de México, según vimos en el capítulo cuarto de la presente investigación, nuestra LFDA omite importantes restricciones, como la parodia, los usos con fines educativos, las restricciones para discapacitados, o las utilizaciones incidentales de obras.

Inclusive, bajo el supuesto de que algún *super-legislador* haya podido crear un listado que contemple absolutamente todas las restricciones al derecho de explotación que sean necesarias para respetar los derechos fundamentales, el vertiginoso cambio

aquí de la aplicación de la norma de derecho fundamental, situación que debe ser distinguida de la función interpretativa e integrativa de estos derechos. En la función interpretativa, los derechos fundamentales imponen interpretar la norma privada (y, en general, cualquiera infraconstitucional) de conformidad con aquéllos. En la función integrativa se desempeñan, más bien, como normas de clausura". Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 901, p. 207.

⁹²⁵ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, p. 15 (caso *Regalías*).

tecnológico del mundo actual, puede hacer obsoleto ese catálogo legal de la noche a la mañana. Los legisladores no tienen bolas de cristal, y es imposible prever los derroteros y problemáticas que en el futuro (incluso inmediato) generará el uso de obras. Si el legislador es diligente (lo cual no es común, y menos en México) lo procedente sería reformar inmediatamente la ley para incluir las nuevas restricciones que fueran necesarias, y como es sabido, los procesos parlamentarios (sobre todo si son serios) toman algún tiempo; lapso durante el cual se estarían afectando derechos fundamentales. Peor aun, en los casos (muy comunes) en que los legisladores están más preocupados por sus intereses políticos y no por la protección de los derechos fundamentales, se deja la cuestión de la actualización de las restricciones al derecho de explotación en los últimos lugares de las agendas parlamentarias (eso, si no es el caso de que en la agenda ni siquiera se contemple el tema). Además, hay que sumarle que el tema de las restricciones a los derechos de explotación es muy controversial, por lo que, siempre, hacer una regulación sobre el particular implica afectar unos intereses y beneficiar otros, lo que se traduce en un intenso cabildeo legislativo y la correlativa lucha de poder por parte de los sectores involucrados.

El caso de nuestro país es muy ejemplificativo de esta cuestión. A pesar de que el catálogo de restricciones de la LFDA data de 1996, en cerca de 15 años no ha existido una sola modificación para adecuar las restricciones a los (muchos) cambios tecnológicos y de consumo de contenidos que se han verificado en estos años⁹²⁶.

Así las cosas, resulta que los sistemas cerrados de restricciones al derecho de explotación no atienden todas las exigencias de los derechos fundamentales que pudieran ser relevantes, y por ende, *no es la clase de sistema más aceptable desde un punto de vista iusfundamental*.

Para demostrar estas aseveraciones, y a guisa de ejemplo, veamos lo que acontece en México con la figura de la parodia, a la luz de la LFDA y de la Constitución.

Del análisis de la ley autoral, se puede apreciar que la parodia no está contemplada como restricción al derecho de explotación, lo que significa que, al ser una obra derivada⁹²⁷, su difusión requiere de la autorización del titular de la facultad de transformación, en términos de los aa. 78 y 27, fr. VI, de la LFDA.

¿Qué nos dicen los derechos fundamentales sobre el particular? ¿La parodia debe ser o no una restricción al derecho de explotación? Comencemos por ubicar los derechos fundamentales involucrados.

En primer lugar, y como es lo normal en la LFDA, tenemos al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral⁹²⁸, el cual exige la máxima protección posible a los intereses económicos de los autores. En este sentido, ese derecho fundamental opera en favor de que la parodia esté controlada por el derecho de explotación, y no quede amparada por una restricción, en tanto lo más conveniente para el autor es que pueda autorizar y, sobre todo, cobrar, por cualquier clase de obra derivada, incluida la parodia.

⁹²⁶ Sólo han existido meras iniciativas de ley que han buscado desaparecer, o al menos acotar, la copia privada; así como también destaca la iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet de 2009.

⁹²⁷ Sobre esto, *vid.* Ortega González, Salvador, “La parodia en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 19, 2005, p. 25.

⁹²⁸ Ya sabemos que este derecho fundamental está previsto en los aa. 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador, ambas normas supremas de nuestro país, por ser tratados incorporados al derecho mexicano vía a. 133 constitucional. Se puede alegar también que del a. 28 constitucional se desprende una norma iusfundamental implícita que establece el referido derecho.

Para más detalles sobre el fundamento y alcance de este derecho, *cfr.* el apartado 6 del capítulo tercero de la presente investigación.

En segundo lugar, se suele reconocer al derecho a la información y al derecho a la cultura como los principales fundamentos de la parodia como restricción al derecho de explotación⁹²⁹. Para efectos del presente ejemplo y para no complicarnos demasiado, sólo utilizaremos el derecho a la información. Como observamos en el capítulo cuarto, el derecho a la información es la versión moderna y aumentada de la tradicional libertad de expresión, consistente en la facultad de buscar, recibir o difundir información (incluyendo informaciones subjetivas, tales como opiniones e ideas), por cualquier medio o procedimiento, incluso de manera artística. Por tanto, este derecho fundamental opera en el sentido de que la parodia sea una restricción al derecho de explotación, pues facilita la emisión y recepción de opiniones críticas, sirviéndose de una obra preexistente en forma gratuita y desembarazada.

Se observa una colisión de derechos fundamentales en cuanto a cómo debe regularse a parodia⁹³⁰. ¿Cuál debe prevalecer? Apliquemos un examen de *proporcionalidad* para encontrar la respuesta (pues estamos ante normas de principio que, además, son de carácter iusfundamental), al menos de forma abstracta.

Como dijimos en el capítulo primero, el principio de proporcionalidad consiste en el examen escalonado de tres criterios: idoneidad, necesidad y ponderación (proporcionalidad en sentido estricto). Verifiquemos si, respecto a la parodia, una afectación a los intereses de los autores en pos del derecho a la información, cumple con esos tres criterios.

De conformidad al subprincipio de *idoneidad* la afectación a un derecho fundamental debe estar justificada por un fin legítimo protegido iusfundamentalmente, lo que implica verificar dos cosas: que existe tal fin legítimo y que la intervención en el derecho fundamental afectado sirve, en alguna medida, para lograr ese fin⁹³¹. En el caso de la parodia, la afectación al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral tiene como propósito criticar la obra parodiada⁹³², aunque incluso puede argumentarse que también la obra parodiada es susceptible de usarse para criticar el estado de las cosas en la sociedad o confrontar ideas aceptadas⁹³³ (lo que la vincula al debate público y, por ende, al principio democrático); es decir, la parodia se utiliza con fines informativos⁹³⁴. Evidentemente hay un fin legítimo, que es la emisión de opiniones críticas sobre obras intelectuales⁹³⁵ o sobre cuestiones políticas, sociales y económicas; fin legítimo que está

⁹²⁹ Sobre esto, *vid.* el apartado 8.3.1 del capítulo cuarto de esta obra.

⁹³⁰ En este sentido, nos indica Guibault: “Limitations on copyright, like the authorisation to make (...) parodies (...) are the realisation of the State’s duty with respect to the enforcement of the user’s freedom of expression (...). It follows from this that with respect to copyrighted material, authors and users may find themselves invoking competing claims based on the protection of their respective fundamental rights”. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 264.

⁹³¹ Para una explicación más amplia de este paso, *cfr.* el apartado 5.2.1 del capítulo primero del presente trabajo.

⁹³² No está de más recordar aquí las palabras de Espín Alba: “Es lugar común presentar el fundamento de la excepción de la parodia en la libertad de expresión y de crítica, ya que exigir el consentimiento del autor para transformar su obra en parodia sería una traba para la libertad de expresión casi insalvable, pues la inmensa mayoría de los autores se negaría a someter voluntariamente su creación al escarnio público”. Espín Alba, Isabel, “La parodia de obras divulgadas” en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006, p. 278.

⁹³³ Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 365, pp. 297 y 298.

⁹³⁴ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 932, p. 278; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 32; Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 365, p. 297.

⁹³⁵ Este fin legítimo también es usado en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, para restringir el derecho al honor, como se desprende de su a. 15: “En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto

amparado por los aa. 6° y 7° constitucionales, 9° del PIDCP, y 13 del Pacto de San José, los cuales favorecen el libre intercambio de opiniones e ideas. Asimismo, el no tener que pedir permiso, ni pagar, por difundir la parodia, sirve para lograr ese fin legítimo, pues muchas veces (la mayoría) el permiso será denegado, dado que a los autores no les gusta ver su esfuerzo intelectual sometido a escarnio o crítica (*target parody*), o ser utilizado como mero instrumento para criticar otras cuestiones (*weapon parody*). Desde luego, incluso en los casos en que se pudiera lograr la autorización, el tiempo dedicado a localizar al autor y a obtener el permiso, implica una traba que dificulta y retarda en alguna medida el ejercicio del derecho a la información; eso sin tomar en cuenta que la remuneración a pagar, sea o no muy alta, también hace más onerosa la emisión de la crítica y, en algunos casos, la vuelve económicamente imposible. De esta manera, la parodia como restricción, *satisface* el requisito de idoneidad.

Por su parte, la máxima parcial de *necesidad* consiste en que, de todas las posibles intervenciones al derecho fundamental, la elegida sea la que lo afecte en menor medida; es decir, debe hacerse un análisis de otras posibles alternativas idóneas, determinando, primero, si esas opciones tienen el mismo grado de idoneidad, y luego, viendo si las medidas igualmente idóneas son más benignas con el derecho intervenido que la medida materia de análisis⁹³⁶. En este sentido, puede pensarse en otras formas de hacer la crítica correspondiente sin tener que recurrir a una parodia libre y gratuita: (a) que el permiso de hacer la parodia se pida a una autoridad administrativa o a un juez, (b) que el permiso se pida a una sociedad de gestión colectiva, (c) que no se tenga que pedir permiso pero se remunere al autor –como sucede en Perú–, (d) que tampoco haya permiso pero se tenga que pagar una contribución al Estado, (e) que sólo se pueda parodiar obras extranjeras, (f) que no se haga una parodia –es decir, que no se retomen aspectos creativos de la obra a criticar–, (g) que se tenga que dar un mero aviso o notificación, (h) que luego de difundirse la parodia el autor de la obra primigenia la evalúe y decida si permite que continúe o no la difusión de la parodia (permiso *ex post*). Pues bien, examinando todas esas opciones, *ninguna es igualmente idónea* que la parodia como restricción para poder difundir la crítica: en algunos casos porque subsiste la carga de pedir algún permiso o hacer algún trámite (los supuestos marcados con las letras a, b, g y h); en otros, porque subsiste la traba de hacer una erogación económica, haciendo más onerosa la consecución del fin legítimo para el titular del derecho a la información (casos c y d); en los demás casos, porque los objetos susceptibles de crítica se reducen (supuesto e) o porque la crítica no sería tan efectiva (caso f⁹³⁷).

desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo”.

⁹³⁶ Remitimos al lector al apartado 5.2.2 del capítulo primero de esta investigación, para más detalles sobre la máxima parcial de necesidad.

⁹³⁷ Se puede alegar que, por virtud de la máxima de no protección de las ideas e informaciones, la crítica a una obra puede hacerse sin recurrir a la parodia y, en general sin retomar algunos de sus aspectos creativos. Si bien esto se puede hacer, muchas veces la crítica no será tan contundente o de fácil asimilación, si no se utilizan aspectos creativos de la obra criticada (incluso, cuando muchas veces lo que se critica no es tanto las ideas contenidas en la obra, sino sus propios méritos artísticos). Nos encontramos frente a una situación muy similar al derecho de cita, en donde es indispensable tomar elementos creativos de otros para poder ejercer efectivamente el correspondiente derecho fundamental.

Cfr. lo ya dicho en el segundo (apartado 3.5) y cuarto (apartado 10.1.4.3) capítulos sobre las limitaciones que tiene la dicotomía “expresión/contenido”.

Respecto a la contundencia y efectividad de las parodias para transmitir mensajes, *vid.* Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 88; y Masiyakurima, Patrick, “The free speech benefits of fair dealing defences” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 242.

Ante tal hallazgo, no es necesario proceder a la segunda parte del subprincipio de necesidad (valorar cuál es la opción más benigna con el derecho intervenido), pues ninguna de las opciones analizadas resultó ser igual o mayormente *idónea* para lograr el fin legítimo. Se podría decir que la opción de hacer un pago al autor (sin tener que pedir permiso) es más benigna con el derecho a la protección jurídico-autoral que el hacer la parodia en forma no remunerada, pues, al menos, el autor recibirá algo de dinero; eso es cierto, sin embargo se trata de una medida *menos idónea* para la consecución del fin legítimo, pues hace más oneroso lograr ese fin al titular del derecho a la información. Por ende, no es suficiente para llegar a la segunda parte de análisis de necesidad⁹³⁸.

En conclusión: la parodia como restricción *aprueba* el requisito de necesidad.

Finalmente, nos referiremos al tercer y último subprincipio: la *ponderación*⁹³⁹. Aquí se debe evaluar si las ventajas que se obtienen al afectar el derecho a la protección jurídico-autoral superan los inconvenientes que genera esa situación⁹⁴⁰. Esto implica determinar cómo opera la precedencia de principios en el caso de la parodia, lo que nos permitirá ver cuál de ellos tiene más peso en este caso (ley de colisión), ya que entre mayor grado afectación a un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el principio opuesto (primera ley de ponderación)⁹⁴¹.

En el presente caso, vamos a ponderar el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral del autor de la obra parodiada (principio intervenido o “*Pi*”) y el derecho a la información del autor de la parodia (principio interventor o “*Pj*”).

Lo primero que hay que hacer es medir el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral del autor de la obra parodiada (*Pi*), para saber si es leve (*l*), media (*m*) o grave (*g*).

Se puede afirmar que la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral existe, pero es leve (*l*). Esto en virtud de que los intereses materiales del autor no se ven afectados en gran medida por el hecho de que otra persona difunda una parodia, ya que normalmente las parodias no compiten con la obra primigenia ni la substituyen en el mercado⁹⁴²; tampoco minan el mercado del licenciamiento de obras

Asimismo, sobre la necesidad de usar la forma de expresión de los autores en ciertos casos, *vid.* Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 606, pp. 166 y 168.

⁹³⁸ Esto no implica descalificar de plano todas las restricciones acompañadas de un derecho de remuneración (que, por definición, son más onerosas que las restricciones simples). Todo depende de quién es el deudor de la remuneración: en el presente caso, quien debe pagar es el titular del derecho a la información (quien realiza la parodia), lo que le hace más oneroso el ejercicio de su derecho fundamental; en cambio, en casos como el derecho de remuneración por copia privada, el crédito no debe ser pagado por quien hace la copia en beneficio propio (titular de diversos derechos fundamentales), sino por los intermediarios que explotan aparatos reproductores y/o soportes vírgenes; por lo que al no ser el titular del derecho fundamental quien paga la remuneración, tal pago es irrelevante para determinar que la restricción de copia privada con derecho de remuneración sea menos idónea para lograr el fin legítimo, que la misma restricción pero sin remuneración.

Inclusive, como vimos en el capítulo tercero de esta investigación (apartado 5.6.5), el Comité DESC, en su observación general 17, señala que una restricción al derecho a la protección jurídico-autoral “puede por tanto, en determinadas circunstancias, requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada” (párrafo 24); lo que nos reitera que, en muchos casos, las licencias legales o restricciones acompañadas de un derecho de remuneración son iusfundamentalmente válidas.

⁹³⁹ Se trataría de un caso de “ponderación abstracta” (según la terminología de la Primera Sala de la SCJN –*vid.* nota al pie 333 del primer capítulo de este trabajo–) o *definitional balancing* (según la terminología de Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, 2006, p. 82).

⁹⁴⁰ *Cfr.* lo ya explicado en el apartado 5.2.3 del primer capítulo.

⁹⁴¹ Los detalles sobre la estructura de la ponderación están desarrollados en el capítulo primero, apartado 5.3, de la presente obra.

⁹⁴² *Cfr.* la afirmación de la Suprema Corte de EUA en el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* de 1994.

derivadas, pues el autor o titular del derecho de explotación es libre de autorizar prácticamente cualquier tipo de obras derivadas (secuelas, traducciones, adaptaciones, arreglos, *merchandising*, etc.), a la vez de que el mercado de obras derivadas que se burlen de la obra primigenia no es muy común –no es una forma de explotación normal de la obra– o, en su caso, es muy reducido⁹⁴³, por lo que la circulación de la parodia no reduce significativamente las demás opciones de licenciamiento de la obra parodiada; además, en muchas ocasiones, las parodias hacen que el público se entere o recuerde la existencia de la obra parodiada, lo que muchas veces se traduce en una mayor demanda de la obra primigenia (y que su explotación genere mayores ingresos⁹⁴⁴). Aunque también se puede producir el caso de que, ante la crítica a la obra parodiada, su demanda baje.

Por lo tanto, la intensidad de la intervención en el principio intervenido (IP_i) es leve (l), lo que numéricamente se traduce⁹⁴⁵ en una intervención con valor de 1; por lo que $IP_i = 1$.

En segundo lugar, hay que graduar la importancia de la satisfacción del derecho a la información del autor de la parodia (P_j), para saber si es reducida (l), media (m) o elevada (g).

En este orden de ideas, estimamos que la importancia de la satisfacción del derecho a la información es media (m). No se trata de algo de importancia elevada (g), en tanto la parodia no es la única opción para criticar una obra o algún acontecimiento relevante: se puede hacer un ensayo, se puede dar una conferencia, escribir un artículo de opinión, hacer una cápsula audiovisual, etc., donde se informe al público los aspectos criticables de la obra o se emitan opiniones sobre una situación de interés público⁹⁴⁶; de manera que si no se realiza una parodia, no queda acallada la voz crítica, ni se impide, en términos absolutos, el ejercicio del derecho a la información. Pero tampoco se trata de una satisfacción de importancia reducida (l), por lo ya explicado en el sentido de que la parodia es un medio bastante efectivo para hacer críticas⁹⁴⁷ y, a veces, con posibilidad de llegar a un mayor público (por ejemplo, el que no tiene el tiempo, la disposición o la oportunidad de leer un ensayo o acudir a una conferencia); de esta

De hecho, varias leyes que contemplan la parodia como una restricción al derecho de explotación, expresamente señalan que la parodia no debe ocasionar confusión con la obra parodiada, pues en estos casos ya no sólo se está criticando la obra, sino que la parodia trata de apoderarse del mercado propio de la obra primigenia mediante el engaño al consumidor (lo que se traduce en una competencia desleal, totalmente ajena a la satisfacción del bien legítimo protegido por el derecho a la información).

⁹⁴³ “However, authors will most often refrain from developing or licensing others to develop a market for criticism or parody. It can therefore be concluded that there simply is no market – let alone one of considerable economic or practical importance. Even if authors were to license the utilisation of their works for purposes such as criticism or parody, this market would not have to be counted as being part of the economic core of copyright. It cannot be expected to typically become a major source of royalty revenue. Its exemption does not cause a substantial market impairment”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 195.

⁹⁴⁴ “A critique or parody may also induce people to purchase a copy of the original or go to its public performance”. *Ibidem*, p. 196.

⁹⁴⁵ Seguimos aquí la recomendación de Alexy de utilizar una secuencia geométrica al asignar rangos numéricos, de forma que estos quedarían así: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$.

Cfr. Alexy, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, p. 444.

⁹⁴⁶ “The balancing test should take into account the element of substitutability and thus the possibility of developing alternate forms of expression”. Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 365, p. 294.

⁹⁴⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 88; y Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 937, p. 242.

manera, si no se permitiera la parodia, aunque existan muchas otras opciones para hacer la crítica, se estaría privando a la persona de un medio expresivo muy efectivo y con bastante arraigo en la historia de las comunicaciones humanas.

Por lo tanto, la importancia de la satisfacción del principio interventor (WP_j) es media (m), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 2; por lo que $WP_j = 2$.

Como tercer paso, debemos aplicar la llamada “fórmula del peso” que, como ya vimos en el primer capítulo, consta de tres elementos o variables: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (los cuales ya determinamos como 1 en el primer caso, y 2 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas relativos a la parodia como restricción para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio.

En este sentido, el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral ($GPIA$) es, como en la mayoría de los derechos fundamentales, *medio*, lo que significa que su valor numérico en la escala triádica es de 2; por consiguiente, $GPIA = 2$. En tanto que, si el derecho a la información tiene una posición prevalente como se suele afirmar⁹⁴⁸ (lo cual, para fines de este ejemplo, asumiremos que es cierto), su peso abstracto ($GpjA$) es *máximo*, por lo que le atribuye un valor de 4; lo que implica que $GpjA = 4$.

Y en cuanto al grado de certeza hay en las premisas empíricas (SP) relativas al peso de cada principio en el presente caso, debemos recordar que aquí también hay una escala triádica: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores son, respectivamente: 1, $\frac{1}{2}$, y $\frac{1}{4}$. En el presente caso no encontramos mayor problema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a cada principio, por lo que en caso de ambos principios de atribuiremos un valor medio (p), es decir, son justificadas o plausibles (según los criterios prevalentes en la doctrina que señalamos en el apartado 8.3.1 del capítulo cuarto al hablar de la parodia). Por lo tanto, $SP_i = \frac{1}{2}$, y $SP_j = \frac{1}{2}$.

Así las cosas, si deseamos saber cuánto es el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la información en relación con la parodia como restricción al derecho de explotación ($GPI_{i,j}$), debemos resolver la fórmula del peso:

$$GPI_{i,j} = \frac{IP_i \cdot GPIA \cdot SP_i}{WP_j \cdot GpjA \cdot SP_j}$$

⁹⁴⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 664, pp. 383 y 384; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 50, pp. 353 y ss; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, IIJ-UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008, p. 3.

Esta posición preferente ha sido reconocida por nuestros tribunales. En particular, la Primera Sala de la SCJN ha afirmado: “La necesidad de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas influya en la resolución de los conflictos de derechos que las involucran ha llevado en ocasiones a hablar de una ‘posición especial’ de las mismas en las democracias constitucionales actuales”. *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 286.

Misma postura ha sido expresada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en su sentencia JDC-393/2005.

Asimismo, *cfr.* las sentencias 104/1986, 106/1986 y 336/1993, entre muchas otras, del Tribunal Constitucional español.

De manera que si aplicamos a esta fórmula los valores numéricos a los que hemos llegado, el resultado sería el siguiente:

$$GP_{i,j} = \frac{1 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{1}{4} = 0.25$$

Lo que significa que el peso del derecho a la protección jurídico-autoral en el caso de la parodia como restricción al derecho de explotación es de 0.25.

Y a la inversa, los mismos valores numéricos los aplicamos para conocer el peso del derecho a la información frente al derecho a la protección jurídico-autoral:

$$GP_{j,i} = \frac{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}}{1 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{1} = 4$$

Esto quiere decir que el peso del derecho a la información en el caso de la parodia como restricción al derecho de explotación es de 4.

Por consiguiente, respecto al estudiado asunto de la parodia, se aprecia que el derecho a la información (satisfecho en 4) pesa más que el derecho a la protección jurídico-autoral (afectado sólo en 0.25), por lo que, en este caso, es más importante la satisfacción del derecho a la información que la no afectación al derecho a la protección jurídico-autoral, es decir, hay una relación de precedencia condicionada del primero sobre el segundo.

De esta forma, luego de aplicar el principio de proporcionalidad, resulta que la parodia es una restricción a los derechos de explotación sobre las obras, no sólo justificada, sino *necesaria* para cumplir con los mandatos de optimización derivados de las normas iusfundamentales.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, nuestra LFDA no contempla la parodia como restricción, sino que exige que la difusión de toda parodia esté precedida de un permiso y del pago de una cantidad de dinero (y por ende, la regulación autoral no es acorde con las exigencias de los derechos fundamentales).

Ejercicios similares con otras restricciones no previstas en la ley (como la relativa a los discapacitados, la referente a la docencia o las reproducciones temporales en Internet), probablemente arrojarían los mismos resultados. Esto nos demuestra que, en materia de restricciones al derecho de explotación, un *sistema cerrado* siempre estará incompleto, siendo *insuficiente para satisfacer las exigencias de los derechos fundamentales*.

Esto no significa que estemos a favor de implantar en México un sistema abierto de restricciones y borrar, de un plumazo, nuestros antecedentes y tradición jurídica. Como tampoco pretendemos que una cláusula amplia, tipo *fair use*, sea la panacea o el epicentro del sistema de restricciones en nuestro país. Ya vimos que la principal ventaja de los sistemas cerrados es su relativa predictibilidad y la seguridad jurídica que normalmente acarrearán. No podemos pasar por alto esas bondades, ni sería aconsejable desecharlas. Inclusive, una argumentación iusfundamental nos puede llevar a esa conclusión. Más bien, debemos conservar un sistema cerrado, *en la parte que funciona*.

Es decir, un sistema de restricciones al derecho de explotación que sea acorde con los derechos fundamentales, *debe tomar como base los sistemas cerrados (partiendo de*

las premisas y elementos más destacados de estos sistemas). Con esto se atiende a las exigencias de la seguridad jurídica.

Pero ante las deficiencias de los sistemas cerrados (las cuales, ya vimos, son contrarias a los derechos fundamentales), debemos buscar la forma de superarlas y mejorar tales sistemas. Ahí es donde no está de más echar mano de algunas de las ventajas de los sistemas abiertos.

Ya vimos que la principal ventaja de los sistemas abiertos es su flexibilidad, lo que se traduce en una respuesta más rápida a los cambios tecnológicos y en una mayor justicia en la solución de varias controversias autorales.

Precisamente, estos aspectos positivos de los sistemas abiertos pueden ser incorporados en los sistemas cerrados para lograr su mejoramiento, llegando así a sistemas mixtos (como veremos con mayor detalle en el siguiente apartado).

Un sistema mixto, obviamente, implica una mayor participación de los jueces, haciéndolos los garantes últimos del buen funcionamiento del sistema. Desde luego, si bien el protagonismo judicial es moneda de cambio en los países de la familia del *common law*, ya no resulta una cuestión extravagante en los países neorromanos, pues como hemos podido constatar⁹⁴⁹, las tesis exegéticas y el positivismo excluyente ya están superados (o en vías de superación en países como México), por lo que los jueces han tomado un verdadero liderazgo en la consecución de los valores constitucionales⁹⁵⁰.

Sobre esto, resultan ilustradoras las palabras de Fernández Segado:

En nuestros días se admite de modo generalizado que la creación judicial del derecho ya no es un patrimonio exclusivo de sistemas, como el norteamericano, de *common law*, en donde el derecho progresa en buena medida a golpe de sentencias, que perfeccionan, matizan y a veces incluso inflexionan el orden jurídico. Bien al contrario, la importancia de lo que suele denominarse “derecho judicial”, para contraponerlo al “derecho legal”, ha aumentado de modo muy sensible en los sistemas jurídicos continentales europeos⁹⁵¹.

Adoptar un sistema mixto y alejarse de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, fuertemente arraigada en un caduco legicentrismo⁹⁵² (en tanto proclama que sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación y que las restricciones están sujetas a *numerus clausus*), es un reto, aunque no exclusivo del derecho autoral, como se ha puesto de manifiesto:

El problema es que la mayoría de los juristas en actividad fueron formados en el espíritu del legicentrismo y que les es muy difícil volver a enfocar su cultura jurídica alrededor de nuevos conceptos. No obstante ello, hay una toma de conciencia cada vez más nítida del nuevo estado de las cosas⁹⁵³.

En este sentido, parte de la doctrina no ve, como algo descabellado, que los jueces busquen salvaguardar los valores constitucionales en casos en que el listado de restricciones al derecho de explotación es insuficiente, como nos demuestran las palabras de Lucie Guibault:

⁹⁴⁹ Cfr. el apartado 1 del capítulo primero de este trabajo.

⁹⁵⁰ Sobre el fenómeno de la judicialización, cfr. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 42; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004, pp. 56 y 57; y Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 13, por sólo poner unos ejemplos.

⁹⁵¹ Fernández Segado, Francisco, “Los derechos constitucionales” en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 41.

⁹⁵² Para una crítica a esa concepción del derecho, vid. el apartado 1 del capítulo primero.

⁹⁵³ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 888, p. 43.

Perhaps because continental European copyright acts contain an exhaustive list of strictly worded and interpreted limitations, continental European courts would seem somewhat more willing than their American counterparts to entertain the idea that the protection of freedom of expression might in certain circumstances constitute a proper defence to a copyright infringement action⁹⁵⁴.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar algunos casos de países de tradición neorromana⁹⁵⁵ que han dado algunos destellos propios de un sistema mixto.

Un buen ejemplo es el caso *Vers l'avenir v. L'avenir vert*, resuelto por el Tribunal Supremo de Bélgica (2001), en donde el Partido Verde publicó un panfleto intitulado *L'avenir vert* (“el futuro más verde”) en clara alusión al periódico *Vers l'avenir* (“hacia el futuro”), así como con una presentación y diseño muy similares. El Tribunal Supremo resolvió que no había violación a derechos de autor porque se trataba de una parodia. Lo interesante de este asunto es que la ley autoral belga, vigente al momento de los hechos, no contenía como restricción al derecho de explotación la parodia, y aun así el tribunal la reconoció como restricción, siempre y cuando sólo se tomara de la obra previa los aspectos creativos necesarios para producir el efecto deseado y, además, se respetaran las reglas propias de la parodia como género literario.

Otro ejemplo, incluso más radical (por retomar directamente la doctrina del *fair use* como está configurada en EUA), es el caso *Google Spain*, cuya sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de septiembre de 2008⁹⁵⁶, dice lo siguiente:

Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el art. 40 bis) TRLPI (...) dispone que los artículos sobre límites (art. 31 y ss LPI) “no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”. Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan (...). Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del *fair use* debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas.

De este modo, para analizar el presente caso deberíamos atender a circunstancias tales como: la finalidad y el carácter del uso, que en este caso persigue facilitar al solicitante de la búsqueda la elección de aquellos resultados que satisfagan el objetivo perseguido (...); la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra (...).

En este caso se discutía la violación a los derechos de explotación sobre un sitio web, por reproducirlo y ponerlo a disposición del público mediante la memoria caché del buscador *Google*. Al final, como se desprende de la sentencia citada, el tribunal de

⁹⁵⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 292.

⁹⁵⁵ Los países de *common law* han sido menos dubitativos en cuanto a los sistemas mixtos, pues a la par de cláusulas abiertas como el *fair use* o el *fair dealing*, han establecido legislativamente algunas restricciones concretas.

Sobre el particular, sugerimos al lector revisar los apartados 9.1 y 9.2 del capítulo cuarto de la presente investigación.

⁹⁵⁶ Kur afirma que esto puede ser uno de los primeros pasos para crear un “*fair use* europeo”. *Cfr.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 144, pp. 11 y 34.

apelación decidió aplicar la doctrina del *fair use* por encima del texto de la ley española⁹⁵⁷.

Empero, no debe dejarse a un lado que un sistema en donde haya una mayor participación de los juzgadores y libertad para estos, puede fomentar cierta inseguridad jurídica.

Y no menos desdeñable es, en este mismo aspecto, el peligro (en rigor, una realidad) de que los jueces tiendan a razonar (incluso no siendo necesario) por la senda de los derechos fundamentales, siendo así que muchas de sus “soluciones” puedan estar plenamente fundadas (sólo) en conceptos o principios clásicos de la dogmática el Derecho privado⁹⁵⁸.

Como vimos en el capítulo cuarto de este trabajo, la discrecionalidad judicial es uno de los principales problemas de los sistemas abiertos. En este sentido, es donde un sistema mixto (que retome muchos de los aspectos de los sistemas cerrados) nos puede servir para atenuar la problemática. Los jueces no tendrían una discrecionalidad absoluta, como explicamos en los siguientes apartados.

Así, lo que queda claro, es que sólo un sistema mixto de restricciones puede estar en aptitud de cubrir todas las exigencias derivadas de los derechos fundamentales. La dialéctica (*aufheben*) de tomar lo mejor de los sistemas abiertos y cerrados (y desechar lo peor de ellos), nos llevará a una superación de la situación actual y hacia un mayor equilibrio en la materia⁹⁵⁹.

En los siguientes apartados, explicamos los detalles de cómo estructurar un sistema mixto de restricciones al derecho de explotación.

6.3.- La estructura de un modelo mixto (ideal) en México.

Ya dijimos que nuestro propósito no va más allá de buscar una solución jurídica que sea viable para México, de manera que, lo que a continuación se propone, no pretende ser aplicable a cualquier otro país (queremos evitar errores como los de Lessig, de intentar dar respuestas universales sin tomar en consideración las peculiaridades de cada sistema jurídico). Sin embargo, algunas de las ideas aquí señaladas pueden ser tomadas, trabajadas y adaptadas para otros países.

Hecha la anterior aclaración, expliquemos cómo sería, desde nuestro punto de vista (y con base a todo lo ya estudiado en la presente investigación), la estructura ideal del modelo mixto de restricciones al derecho de explotación en México.

Este nuevo modelo (como se desprende de su denominación), mezcla aspectos del sistema abierto y del sistema cerrado de restricciones. En especial, dicho modelo consta de *dos partes*: un listado detallado de restricciones y una cláusula general o abierta.

Dada nuestra tradición jurídica, la parte central o fundamental de este sistema sería el *listado detallado de restricciones*. Dicho catálogo sería establecido por el legislador democráticamente electo, buscando ser lo más exhaustivo y completo posible, de manera que el legislador busque incluir en él todos los posibles casos en que,

⁹⁵⁷ Esto es criticable, pues el derecho español tiene mejores figuras jurídicas que permiten aplicar cláusulas abiertas, sin tener que copiar literalmente y paso a paso el *fair use* estadounidense (*cfr.* el apartado 9.1 del capítulo cuarto de la presente investigación). Si bien la audiencia provincial citó el *ius usus innocui*, la cuestión quedó en eso, en una mera cita; hubiera sido más interesante que desarrollara esa idea.

⁹⁵⁸ De Angel Yáguez, Ricardo, *op. cit.*, nota 908, p. 126.

⁹⁵⁹ Inclusive, llegar a ese equilibrio es una *obligación* iusfundamental derivada del PIDESC, según determinó el Comité DESC en su observación general 17, párrafo 35.

conforme a las exigencias de los derechos fundamentales, deban ser restringidos los derechos de autor.

Con esta parte del sistema se busca dar la mayor seguridad jurídica posible, al tiempo que se pretende ser respetuoso con los derechos fundamentales. Así, se conservan las mejores aportaciones de los sistemas cerrados de restricciones al derecho de explotación.

El segundo elemento del sistema sería una *cláusula abierta*, la cual permita a los juzgadores evaluar casos concretos de colisiones de derechos. Esta cláusula abierta sólo entraría en juego cuando la controversia en particular no pudiera resolverse mediante el catálogo de restricciones expresamente formuladas por el legislador; es decir, únicamente se acudiría a ella ante el silencio o deficiencia del texto legal.

Con esta parte del sistema se busca no dejar desamparadas situaciones que debieran ser restricciones al derecho de explotación, pero que no fueron consideradas como tales con el legislador. De esta manera, se reduce el margen de injusticias y se le da mayor dinamismo a la materia, superándose, por consiguiente, la poca flexibilidad de los sistemas cerrados. Así, se incorporan al sistema las principales bondades de los sistemas abiertos.

El juzgador no podría acudir inmediatamente a la cláusula general, sino que, primero, debe analizar el listado de restricciones a la luz de la controversia concreta, y sólo en caso de que no encuentre ahí la solución (para lo cual debe dar una argumentación jurídica correcta), debe pasar a resolver el asunto mediante el empleo de la cláusula abierta y la ponderación de los intereses en juego. Desde luego, para hacer esto último, no sólo debe tomar en cuenta los factores económicos, sino también los sociales y culturales involucrados, siempre a través de los principios y valores constitucionales.

Inclusive, conforme los jueces vayan resolviendo más asuntos utilizando la cláusula abierta, se irán generando precedentes que harán más previsibles las restricciones creadas judicialmente (lo que abona a la seguridad jurídica), muchas de las cuales podrán, incluso, ser retomadas posteriormente por el legislador e incluirse expresamente en el catálogo legal.

La mezcla de un listado abundante de restricciones, más la salvaguarda de una cláusula abierta complementaria, implica un mejor sistema y, sobre todo, *más equilibrado*.

Con esto se superan muchos de los dogmas propios de la doctrina clásica de las restricciones, los cuales, además de hacer inflexible el sistema, tienen como principal propósito favorecer los intereses de los autores, de manera que no sirven para llegar a soluciones equilibradas. Asimismo, este sistema mixto recoge muchos de los reclamos de los diversos intereses que llegan a contraponerse a la protección a los autores, pero, sin embargo, no subordina tal protección a esos intereses; de manera que también sirve para proteger a los creadores y no vaciar el contenido de las normas que los defienden.

Así, la solución *ideal* en México es que, sin prescindir del catálogo de restricciones del a. 148 de la LFDA, se *reforme* esta ley para incluir una cláusula abierta que complemente ese catálogo (lo anterior sin perjuicio del constante examen y reforma a dicho listado). Esa cláusula abierta, como se explica *infra* en el apartado 6.4.2.2, plasmaría la estructura del principio de proporcionalidad.

Esto es, a grandes rasgos, la estructura general del sistema propuesto. En el siguiente apartado damos los pormenores de su funcionamiento, pero desde ahora adelantamos que la piedra de toque de este sistema mixto es el principio de proporcionalidad.

6.4.- *El principio de proporcionalidad como instrumento de equilibrio en un sistema mixto.*

El sistema mixto que propusimos en el apartado previo puede implementarse a través de la utilización del principio de proporcionalidad.

La razón de esto es que, en primer lugar, se trata de una herramienta jurídica probada y confiable, capaz de producir resultados equilibrados frente a problemáticas jurídicas complejas y delicadas⁹⁶⁰; amén de que garantiza la corrección formal de razonamiento jurídico. Si lo que se busca son soluciones balanceadas en el ámbito de los derechos de autor⁹⁶¹, la verdad no conocemos mejor instrumento para lograrlo.

En segundo lugar, porque parece haber una exigencia iusfundamental de aplicar ese principio, tanto en la creación como en la aplicación de restricciones, para poder salvaguardar todos los derechos fundamentales involucrados, y lograr su cumplimiento en la mayor medida de lo posible (optimización).

En tercer lugar, el propio Comité DESC ha indicado que las normas sobre derechos fundamentales deben integrarse en los procesos de expedición y de interpretación de los derechos intelectuales. Inclusive, llega a afirmar la importancia de establecer un mecanismo de derechos humanos para la revisión de la llamada propiedad intelectual⁹⁶². Consideramos que ese mecanismo debe ser el principio de proporcionalidad.

Y en cuarto lugar, porque el principio de proporcionalidad le da coherencia jurídica al sistema jurídico como un todo, y no como una pluralidad de ordenamientos inconexos; cuestión muy importante en el tema que nos atañe, donde la legislación autoral se le ha visto tradicionalmente como algo aislado, ajeno a doctrinas “externas” como el derecho a la información⁹⁶³.

En tal tenor, el principio de proporcionalidad es útil: (a) para crear nuevas restricciones al derecho de explotación, y (b) para resolver controversias entre particulares donde se alegue la necesidad de realizar ciertos usos de obras en forma incontestada. A continuación explicaremos ambos aspectos.

6.4.1.- *El principio de proporcionalidad como factor para establecer legislativamente nuevas restricciones.*

El principio de proporcionalidad es, ya, un elemento imprescindible para legislar en materia de derechos de autor⁹⁶⁴; en particular, al momento de formularse en ley una restricción al derecho de explotación. ¿Por qué razón?

Como ya vimos en el capítulo primero de la presente investigación, el principio de proporcionalidad se usa para conocer las pautas de decisión con que cuentan las

⁹⁶⁰ “In fact, the principle of proportionality is calibrated in a way that makes it acutely sensitive to the personal spaces and values people care about most”. Beatty, David M., *The ultimate rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 165.

Como bien indican Mathews y Sweet, en los últimos 50 años la mayoría de los más altos tribunales del mundo se han valido del principio de proporcionalidad para resolver los problemas más controversiales. *Vid.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 885, pp. 159 y 160.

⁹⁶¹ A lo largo de la presente investigación hemos visto como el equilibrio es una de las principales demandas y uno de los anhelos más caros en esta materia (y hasta una exigencia del PIDESC).

⁹⁶² Declaración de 2001 del DESC, “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”, párrafo 18.

⁹⁶³ Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 869, p. 235.

⁹⁶⁴ *Cfr.* lo ya dicho en el apartado 5.4 del primer capítulo sobre la obligatoriedad del uso del principio de proporcionalidad en México, como reconoció el Pleno de la SCJN mediante jurisprudencia.

autoridades, principalmente la forma en que tales autoridades (incluyendo la legislativa) están vinculadas por la Constitución⁹⁶⁵. Por consiguiente, el legislador no puede decidir libremente el contenido de la ley, sino que debe subordinarse a las normas constitucionales.

Si esto es cierto para cualquier ley, no lo es menos para la LFDA. Todo contenido de la legislación autoral debe ser conforme con lo que determine la Constitución.

Dicha conformidad constitucional aplica para la totalidad las instituciones reguladas en la LFDA, incluyendo las restricciones al derecho de explotación. Por consiguiente, cada vez que el legislador pretenda incluir una nueva restricción en la ley, debe antes preguntarse sobre la validez de esa adición a la luz de la Constitución; es decir, ha de realizar un *examen de proporcionalidad* (podríamos decir que se trata de un examen de proporcionalidad previo⁹⁶⁶).

Si la restricción al derecho de explotación propuesta aprueba el *test* de proporcionalidad, el legislador es libre de incluirla en la ley. Por el contrario, si la adición prevista resulta desproporcionada, el legislador tendrá una prohibición constitucional para modificar la ley en ese sentido.

En particular, hay que destacar que la adopción de cualquier restricción al derecho de explotación *siempre* va a tener una repercusión de carácter iusfundamental, en tanto interviene o afecta el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral⁹⁶⁷, pues como ya vimos⁹⁶⁸, los derechos de explotación derivan directamente de ese derecho fundamental, de manera que el establecer una restricción al derecho de explotación se traduce en una afectación a los intereses materiales que los autores tienen sobre sus obras y que están protegidos iusfundamentalmente.

Dicho en otras palabras: siempre que el legislador imponga en ley una restricción al derecho de explotación, no sólo estará restringiendo ese derecho subjetivo ordinario, sino también estará restringiendo un derecho fundamental de los autores, por lo que la medida legislativa debe ser *proporcionada*⁹⁶⁹, para afectar tal derecho en la menor forma de lo posible y sin atentar contra su contenido esencial⁹⁷⁰.

De igual forma, el hecho de que las restricciones al derecho de explotación deriven de otros derechos fundamentales, implica que los legisladores deben tomar en cuenta esos derechos al redactar leyes autorales, y deben encontrar un equilibrio entre

⁹⁶⁵ Vid. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 660, p. 77; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 660, p. 1.

⁹⁶⁶ Cfr. la nota al pie 939 del presente capítulo.

⁹⁶⁷ Este derecho encuentra sus normas de derecho fundamental en México en las disposiciones iusfundamentales directamente estatuidas en los aa. 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador (incorporados al derecho mexicano en términos del a. 133 constitucional), y posiblemente en una norma adscrita derivada de la interpretación del noveno párrafo el a. 28 de la Constitución.

⁹⁶⁸ Cfr. los apartados 6.2 y 6.3 el capítulo tercero de este trabajo.

⁹⁶⁹ Como bien dijo el Comité DESC, a propósito de las restricciones al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, dichas intervenciones deben “ser compatibles con la naturaleza de esos derechos, perseguir fines legítimos y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática”. Cfr. su observación general 17, párrafo 22.

Con una redacción un tanto ambigua, Monroy parece sugerirnos que toda limitación a un derecho de autor debe aprobar los tres subprincipios del *test* de proporcionalidad. Cfr. Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 150, p. 15.

⁹⁷⁰ Sobre las restricciones a los derechos fundamentales en general, cfr. el apartado 6 del capítulo primero de la presente investigación.

De hecho, resulta interesante lo resuelto por el Tribunal Constitucional de Alemania en el caso *Vollzugsanstalten* de 1988, en donde estableció que el legislador es libre de recalibrar los intereses en la legislación autoral, limitando así los derechos de los creadores, pero dejando intocado el núcleo de los derechos de autor protegido constitucionalmente (*Kern des Urheberrechts*).

intereses contrapuestos, desde luego, debiendo aplicar el principio de proporcionalidad⁹⁷¹.

Inclusive, esto no es novedad alguna en materia de derechos de autor, como ha destacado el Tribunal Constitucional alemán, en su famoso caso *Schallplatten* de 1971, en donde determinó que el legislador tiene el *deber de ponderar* los intereses en juego al momento de crear una ley sobre derechos de autor.

Por todo lo anterior, el principio de proporcionalidad debe ser usado por el legislador al momento de formular nuevas restricciones al derecho de explotación⁹⁷². Es decir, *la máxima de proporcionalidad debe aplicarse en el primer elemento del sistema mixto propuesto: el establecimiento de un catálogo legislativo de restricciones a los derechos de autor*.

Adicional a este examen de proporcionalidad previo que debe hacer el legislador, existe la posibilidad de una prueba *posterior* de proporcionalidad, en sede de control de constitucionalidad de las leyes⁹⁷³.

En efecto, aquí de lo que se trata es que el Poder Judicial de la Federación, a través del principio de proporcionalidad, someta a un examen de constitucionalidad la restricción al derecho de explotación adoptada por el legislador⁹⁷⁴, para ver si sobrevive o debe declararse inconstitucional⁹⁷⁵. En este sentido, resultan claras las palabras de la Primera Sala de la SCJN:

la labor de “ponderación legislativa” efectuada ha de ser compatible con previsiones constitucionales que tienen fuerza normativa directa y que no dan, por consiguiente, carta blanca a las autoridades públicas para desarrollarlas. De lo contrario se pondría en riesgo el carácter suprallegal de los derechos fundamentales que hemos subrayado con anterioridad, y se otorgarían atribuciones extraordinarias al legislador ordinario, representante de mayorías históricas más o menos contingentes⁹⁷⁶.

⁹⁷¹ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 332, p. 38.

⁹⁷² Respecto de las ponderaciones legislativas, *cfr.* Sieckmann, Jan-R., “Ponderación autónoma” (trad. Cecilia Añaños Meza) en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 124.

⁹⁷³ En México, las tres principales vías para lograr la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma general son el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. *Cfr.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 950, pp. 59 y 153 a 160; y Sánchez Gil, Rubén Antonio, *El control difuso de la constitucionalidad en México*, tesina para obtener el diploma de especialización en derecho constitucional y administrativo, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2003, pp. 24 y ss.

⁹⁷⁴ Bien refiere Fix-Zamudio que el amparo contra leyes es un verdadero proceso al legislador. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2a. ed., Porrúa / IJ-UNAM, 1999, p. 21.

Desde luego, lo mismo puede afirmarse respecto de los otros procesos de control de la constitucionalidad de normas generales.

⁹⁷⁵ “La ley, por tanto, representa una forma de ponderación en el sentido antes indicado, pero puede, a su vez, ser objeto de ponderación en el curso de un enjuiciamiento abstracto por parte del Tribunal Constitucional. La ponderación dará lugar, entonces, a una declaración de invalidez cuando se considere injustificadamente lesiva para uno de los principios en juego”. Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 141.

Asimismo, sobre los beneficios de utilizar el principio de proporcionalidad para examinar la actuación legislativa en materia de propiedad intelectual, *cfr.* Gruenberger, Michael, “A duty to protect the rights of performers? Constitutional foundations of an intellectual property right”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 24, núm. 2, 2006-2007, pp. 675 y ss.

⁹⁷⁶ Sentencia de 17 de junio de 2009, dictada en el amparo directo en revisión 2044/2008, p. 36.

De este asunto se desprende la tesis “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 286.

Estrechamente relacionado con lo anterior, además de utilizarse el principio de proporcionalidad en sede de control de la constitucionalidad, también puede echarse mano de él para realizar un *control de la convencionalidad*. En efecto, dentro de los países que integran el sistema interamericano de derechos humanos, los jueces nacionales deben analizar la compatibilidad de los actos de autoridad internos con la CADH, e incluso, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁷⁷. Esto es particularmente relevante en la materia que nos ocupa, pues si el legislador establece una restricción al derecho de explotación en México, el juzgador está facultado para juzgar si tal medida es acorde con los tratados sobre derechos fundamentales suscritos por nuestro país⁹⁷⁸, en particular, con relación a derechos sociales⁹⁷⁹ como el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral.

Así, en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que proponemos, el principio de proporcionalidad juega dos papeles respecto de la actividad del legislador (establecimiento del catálogo restricciones): (a) ser una herramienta que utilizará el legislador para valorar las restricciones que considere conveniente introducir en la LFDA; y (b) ser una herramienta de los jueces para examinar la constitucionalidad y convencionalidad de las restricciones aprobadas por el legislador⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 110 a 112; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de la convencionalidad en el Estado constitucional” en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, IJ-UNAM / El Colegio Nacional, 2010, pp. 175 y 176.

Vid. las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile* (26 de septiembre de 2006), *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (24 de noviembre de 2006), *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (12 de agosto de 2008), *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (23 de noviembre de 2009), entre otros.

⁹⁷⁸ Cfr. Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932; y Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

⁹⁷⁹ Cfr. el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, al caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁸⁰ En nuestro país ya se han presentado algunos intentos de la SCJN de utilizar el principio de proporcionalidad para juzgar los contenidos de la LFDA.

El primer caso fue el amparo en revisión 1110/2005, en donde el Ministro José Ramón Cossío elaboró un proyecto de sentencia en el que se determinaba que la prohibición legal para ser árbitro que tienen los abogados que hayan prestado sus servicios a una sociedad de gestión colectiva, era contraria al principio de igualdad y, por ende, desproporcionada. La mayoría de ministros de la Primera Sala desechó ese proyecto y estimó constitucional la disposición de la LFDA. El sentido del proyecto del Ministro Cossío se rescató en su voto particular, el cual puede consultarse en Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 320 y ss.

El segundo caso fue el amparo directo en revisión 1121/2007, en donde la Primera Sala sostuvo (equivocadamente, a nuestro entender) que no se afecta desproporcionadamente el derecho de acceso a la justicia, si el ejercicio de acciones civiles en materia de derechos de autor se subordina al agotamiento

Por otro lado, y como veremos a continuación, el principio de proporcionalidad también tiene otra función en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación: ser utilizado directamente por los jueces al momento de resolver controversias entre particulares.

6.4.2.- *El principio de proporcionalidad en la resolución de casos concretos.*

El principio de proporcionalidad también juega un papel importante en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que proponemos, por cuanto hace a la resolución de controversias concretas⁹⁸¹.

En efecto, como explicamos ya, el sistema mixto que se propone se basa en la combinación de un catálogo de restricciones establecidas por el legislador, más una cláusula abierta susceptible de ser aplicada por el juzgador en los casos que no puedan resolverse usando el listado de la ley. A continuación estudiaremos la utilización del principio de proporcionalidad en este segundo elemento del sistema mixto.

Para poder entender cómo opera el principio de proporcionalidad en la solución de controversias sobre derechos de autor, es necesario distinguir dos situaciones: (a) la situación actual de la LFDA donde no existe una cláusula abierta expresa; y (b) la situación ideal propuesta, en donde el texto legal contenga una cláusula abierta formulada expresamente.

A continuación trataremos por separado cada una de esas dos situaciones en la aplicabilidad del principio de proporcionalidad.

6.4.2.1.- *Aplicación en las circunstancias actuales.*

Una de las ventajas de aplicar el principio de proporcionalidad, es que nos permitirá transitar de un sistema cerrado de restricciones a un sistema mixto, en forma automática y sin necesidad de una reforma legal. Su único requisito es la voluntad (mejor dicho: compromiso) de los juzgadores en México.

Así, con el texto actual de la LFDA, *podemos implementar ya un sistema mixto*, mediante la aplicación inmediata del principio de proporcionalidad. Veamos.

previo de la vía administrativa sancionadora. *Cfr.* “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 51.

Una crítica a este último intento (pues no se siguieron en realidad las reglas del principio de proporcionalidad) puede encontrarse en “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 393 y ss.

⁹⁸¹ El principio de proporcionalidad no sólo sirve para valorar las restricciones a un derecho fundamental, sino también es útil para resolver conflictos entre derechos. *Cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. IX, núm. 251, enero-junio 2009, p. 397.

De igual forma, Brage explica que el principio de proporcionalidad, además de aplicarse al legislador cuando interviene un derecho fundamental al legislar, también tiene vigencia en la *aplicación de la ley*: “El principio de proporcionalidad como criterio constitucional delimitador de toda intervención restrictiva en los derechos fundamentales se aplica tanto al legislador, como a los jueces y tribunales, como también a las Administraciones públicas. Puede, así, también distinguirse entre proporcionalidad en la ley y proporcionalidad en la aplicación de la ley”. Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 356 y 357.

Aunque hoy en día la ley autoral no contempla una cláusula abierta que permita al juzgador aplicar el principio de proporcionalidad, podemos echar mano de esa herramienta para solucionar controversias sobre ciertos usos no autorizados de obras.

Concretamente, se trata de que el litigio sea resuelto por el juzgador realizando una *ponderación* (proporcionalidad en sentido estricto) entre los intereses del autor o titular de derechos, por un lado, y los intereses del usuario, por el otro lado.

Este planteamiento nos genera las siguientes preguntas: ¿se puede realizar ponderación de derechos en la jurisdicción ordinaria (aparte de la jurisdicción constitucional)? ¿cómo podría aplicarse la ponderación en materia de derechos de autor? y ¿por qué acudir a la ponderación, y no a otra clase de cláusulas abiertas? Respondamos una por una estas preguntas.

a) La ponderación en la jurisdicción ordinaria.- Como vimos en el capítulo primero de la presente investigación (apartado 5), no debe causar mayor extrañeza el que ciertas controversias entre particulares sean resueltas aplicando la ponderación, pues el principio de proporcionalidad no es exclusivo del derecho constitucional, sino común a otras ramas del derecho⁹⁸², e, incluso no es rara su aplicación en el mundo del llamado derecho privado⁹⁸³.

De hecho, en el apartado 5 del capítulo primero del presente estudio, quedó asentado que cualquier colisión de normas jurídicas que tengan la estructura de principios se resuelve aplicando el principio de proporcionalidad, sin que sea necesario que se trate de normas constitucionales, pues sólo basta que las normas tengan la estructura propia de los principios, pues “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquélla”⁹⁸⁴.

⁹⁸² Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 43; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 203; Castaño Vallejo, Raúl, “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2007*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. II, 13ºer año, 2007, p. 520; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 660, p. 48; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 981, p. 394; Guastini, Riccardo, “Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad” en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 115; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 975, p. 181.

Asimismo, *vid.* Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, 2009, pp. 23, 24 y 27 (en esta última página, afirma: “Todo ello conduce a la necesidad de atender al modo en que la Administración realiza juicios ponderativos en el desarrollo ordinario de su actividad no normativa, puesto que, incluso allí donde esta última no se encuentre gobernada por reglas, estará dirigida normativamente a través de principios”).

⁹⁸³ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 922, p. 42; Beatty, David M., *op. cit.*, nota 960, pp. 165 y 166; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 885, p. 108; Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 21, julio-diciembre 2009, p. 472.

⁹⁸⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 602, p. 111.

Asimismo, *vid.* Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” (trad. Carlos Bernal Pulido), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 26; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 660, p. 597; y Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 972, p. 122.

Si la ponderación es el método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría⁹⁸⁵.

De esta forma, un juez ordinario puede, perfectamente, aplicar el principio de proporcionalidad para resolver una controversia entre particulares, esto si las normas ordinarias que va a aplicar son principios.

Inclusive, el principio de proporcionalidad es comúnmente aplicado por jueces ordinarios en asuntos sobre derechos de la personalidad, como por ejemplo, la colisión de principios que implica resolver un asunto donde se contrapongan el derecho a la información, por un lado, y los derechos a la propia imagen o a la intimidad, por el otro lado⁹⁸⁶. De hecho, un claro ejemplo de esto lo encontramos en México en el a. 8° de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 8°.- El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad.

Aquí el juez civil debe, incluso por mandato legal expreso, resolver las controversias entre tales derechos a través del principio de proporcionalidad, es decir, armonizando los principios contendientes en la mayor medida de lo posible.

Ahora bien, cuando un juez ordinario aplique el principio de proporcionalidad para resolver una controversia entre particulares, normalmente se limitará a utilizar el tercer subprincipio, es decir, la *ponderación* o proporcionalidad en estricto sentido⁹⁸⁷. Esto en virtud de que los subprincipios de idoneidad y necesidad implican una lógica de medios (pues son un examen de las relaciones medio-fin y medio-medio) que analizan la acción del Estado bajo criterios de racionalidad instrumental, lo que difícilmente tendría necesidad de examinarse en una controversia entre particulares⁹⁸⁸.

Por lo tanto, se concluye que los jueces ordinarios pueden realizar ponderaciones al resolver controversias entre particulares, cuando deban aplicar principios.

⁹⁸⁵ Arroyo Jiménez, Luis, *op. cit.*, nota 982, p. 23.

⁹⁸⁶ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

De la Primera Sala de la SCJN, *cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 928; “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278; y “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, p. 632.

⁹⁸⁷ En este sentido, Brage indica que “los subprincipios de idoneidad y necesidad, no se aplican en general a relaciones inter privados”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 981, p. 415.

Cfr. también Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 982, p. 389.

⁹⁸⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares” en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké / Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 316 y 317.

b) La ponderación en materia de derechos de autor.- La conclusión señalada en el apartado *a)* es más que suficiente para sostener que los jueces pueden realizar ponderaciones al resolver controversias ordinarias en materia de derechos de autor. Sin embargo, no está de más apuntar algunos argumentos adicionales.

En primer lugar no debemos olvidar que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral (previsto en diversos tratados de derechos fundamentales y posiblemente en la Constitución) es un *principio*, en tanto ordena la protección de los intereses morales y materiales de los autores en la mayor medida de lo posible. Por consiguiente, en los asuntos en que un juez ordinario deba aplicar ese principio (en particular en casos de colisión con otros principios), debe recurrirse al principio de proporcionalidad, concretamente, a la ponderación, como ya vimos.

En segundo lugar, el *principio de protección a los autores* no sólo está previsto en disposiciones iusfundamentales, sino también en enunciados normativos establecidos en leyes ordinarias (de donde se desprenden normas jurídicas ordinarias).

Efectivamente, recordemos que “en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución”⁹⁸⁹, por lo que no es raro encontrar principios en leyes ordinarias, como sucede con la propia LFDA, cuyo a. 1° expresamente contempla el principio de protección a los autores (sin perjuicio de su tutela en normas iusfundamentales), como se aprecia en su texto:

Artículo 1°.- La presente Ley, reglamentaria del artículo 28 constitucional, *tiene por objeto* la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; *protección de los derechos de los autores*, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual. (Énfasis añadido).

Inclusive, además de ese reconocimiento expreso de la LFDA, el principio de protección a los autores puede fácilmente obtenerse por *inferencia* de todas las reglas tutelares de los creadores contempladas en esa ley (por ejemplo, los aa. 11, 12, 18, 21, 26, 26 Bis, 27, 28, 30, 31, 33, 41, 92 Bis, etc.)⁹⁹⁰.

Por lo tanto, en controversias sobre derechos de autor, los juzgadores ordinarios tienen campo de maniobra para aplicar principios, incluso sin acudir a normas iusfundamentales, basándose en los principios contenidos en las normas ordinarias de la propia LFDA.

¿Cómo pueden aplicarse esos principios y ponderarse en México? El procedimiento lo explicaremos con detalle en los siguientes párrafos, dentro de este mismo apartado. Por el momento, nos es suficiente saber que el principio de proporcionalidad tiene cabida para resolver algunas controversias sobre derechos de autor.

Finalmente, es importante destacar que, poco a poco, están surgiendo voces que pugnan por la aplicación del principio de proporcionalidad en sede de derechos de autor. Veamos.

Por ejemplo, ante el problema del crecimiento desmedido de los derechos de explotación⁹⁹¹, Geiger opina que lo ideal sería que las propias leyes de derechos de autor restauren el equilibrio perdido, pero, ante esta pasividad legislativa, la mejor

⁹⁸⁹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 975, p. 126.

⁹⁹⁰ Sobre el uso de deducciones y reducciones para encontrar principios, *cfr.* Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 749, pp. 207 y 208.

⁹⁹¹ *Cfr. supra* el apartado 3.3.3 del presente capítulo.

respuesta es acudir a los derechos fundamentales⁹⁹² y encontrar un equilibrio constitucional para reconciliar los intereses contrapuestos⁹⁹³.

De hecho, este autor advierte que es positivo que los jueces apliquen el principio de proporcionalidad en casos de restricciones al derecho de explotación, pues así se toman en cuenta todos los intereses y derechos fundamentales involucrados, combinando la seguridad de los sistemas cerrados con la flexibilidad de los abiertos⁹⁹⁴.

Asimismo, Carboni indica que el principio de proporcionalidad es útil para resolver las colisiones de los derechos de autor con el derecho a la información y el derecho a la cultura⁹⁹⁵. En términos semejantes encontramos a Pimenta, quien señala que el conflicto entre principios debe resolverse aplicándose el principio de proporcionalidad, incluso tratándose de los principios que fundamentan los derechos de autor⁹⁹⁶.

Por su parte, Torremans, partiendo de la base de que los derechos de autor son derechos humanos, considera que los derechos de autor deben ponderarse con otros derechos humanos⁹⁹⁷.

También Rodríguez Moreno hace referencia al principio de proporcionalidad, pero no se pronuncia claramente sobre su uso en materia de derechos de autor⁹⁹⁸. Mientras que Grosse, incluso, considera que tal principio debe aplicarse al ADPIC en el seno de la OMC⁹⁹⁹.

Otros autores como Senftleben han llegado al grado de considerar que el tercer paso de la regla de los tres pasos, no es otra cosa más que el principio de proporcionalidad¹⁰⁰⁰ (recuérdese, además, que ese paso se ha incorporado a muchas leyes internas con el fin de su aplicación judicial¹⁰⁰¹).

Ya en el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Supremo alemán, en el caso *Elektronischer Pressespiegel* de 2002, usó el principio de proporcionalidad en controversias sobre derechos de autor, al establecer dos requisitos para aplicar por *analogía* las restricciones a los derechos de explotación: 1) la utilización de la obra debe

⁹⁹² Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 165, p. 36.

⁹⁹³ Geiger, Christophe, "The constitutional dimension of intellectual property" en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 129 (apoyándose en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7 de julio de 1971).

Al margen de los derechos fundamentales, existen propuestas que se han hecho para atender este problema acudiendo a la legislación de defensa de la competencia (*cf.* Piva de Andrade, Gustavo, *op. cit.*, nota 553, p. 228; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 997, pp. 12 y ss; y Vela Treviño, Carlos A., *op. cit.*, nota 870, p. 213). Sin negar que muchas de estas iniciativas pueden ayudar y ser muy benéficas, tienen el problema de solo tratar el problema desde un punto de vista económico, careciendo de la visión más amplia que nos pueden proporcionar los derechos fundamentales.

⁹⁹⁴ Geiger, Christophe, "The role of the three-step test in adaptation of copyright law to the information society", *Copyright bulletin*, París, UNESCO, enero-marzo 2007, p. 18.

⁹⁹⁵ Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 167, p. 442.

En igual sentido, Castro Bonilla, Alejandra, "Costa Rica: El derecho de autor como un derecho humano", *REDI. Revista electrónica de derecho informático*, núm. 50, agosto 2002, www.vlex.com, diciembre de 2007.

⁹⁹⁶ Pimenta, Eduardo, *Princípios de direitos autorais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I, pp. 218 y 219.

⁹⁹⁷ Torremans, Paul L.C., "Copyright as a human right" en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 19.

⁹⁹⁸ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 49 y 50.

⁹⁹⁹ Grosse Ruse-Khan, Henning, "Proportionality and balancing within the objectives for intellectual property protection" en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 161, 191 y 192.

¹⁰⁰⁰ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, pp. 210, 211, 222, 226 y 227.

¹⁰⁰¹ *Cfr.* el apartado 6.5 del capítulo cuarto de la presente investigación.

ser dentro del espíritu e intención de la restricción que se le va a aplicar, y 2) debe aplicarse el *principio de proporcionalidad* para medir los intereses públicos –que den sustento a las restricciones– contra los intereses de los autores¹⁰⁰².

Dicha resolución es interesante, no sólo porque se aleja de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, sino porque reconoce expresamente la incompletitud de los catálogos legales de restricciones y la necesidad de permitir usos no autorizados de obras en casos no previstos expresamente en la ley. En tales asuntos, corresponde al juez determinar si el uso fue lícito o no, mediante una ponderación de los intereses del autor con los intereses contrapuestos.

Asimismo, en Perú, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, retomando las ideas del Tribunal Constitucional de ese país sobre la ponderación y, en general, sobre el principio de proporcionalidad, ha reconocido que tanto la libertad de expresión como los derechos de autor tienen un sustento constitucional, por lo que corresponde “al juzgador ponderar estos derechos constitucionales, al amparo de la legislación que los desarrolla”, por lo que:

Teniendo en consideración lo expuesto, la Sala se ve obligada a buscar un punto de equilibrio entre las normas del derecho de autor -que protegen al creador frente a la explotación económica no autorizada- y el interés público a la información y acceso a la cultura, de tal forma que el ejercicio de uno no implique una afectación considerable al legítimo ejercicio de los otros.

Uno de los mecanismos que se ha ideado para lograr este objetivo son los llamados límites al derecho de explotación del autor¹⁰⁰³.

Aunque cabe destacar que esta resolución utiliza el principio de proporcionalidad para justificar la existencia de las restricciones al derecho de explotación previstas en ley (y en cierta forma, para intentar reforzar la doctrina clásica en la materia), pero no para utilizarlo como herramienta adicional a las restricciones formuladas expresamente en la legislación.

Recientemente tenemos el sonado caso de la *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet* (también conocida como “Ley HADOPI” o “Ley Sarkozy”) en Francia. Si bien en este asunto no se usó el principio de proporcionalidad para resolver una controversia sobre violación a derechos de autor, resulta interesante porque se usó para medir la constitucionalidad de una norma general en materia autoral que plasmó la llamada “política de los tres *strikes*” o de “respuesta graduada”¹⁰⁰⁴, en particular, de cara al derecho a la información.

La Ley HADOPI consistía en que una autoridad administrativa bautizada *Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet* (HADOPI), recibiría quejas de titulares de derechos y enviaría notificaciones a los

¹⁰⁰² Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, *op. cit.*, nota 1029, p. 103.

¹⁰⁰³ Resolución 0372-2006/TPI-INDECOPI dictada el 21 de marzo de 2006.

¹⁰⁰⁴ Se trata de un medio alternativo para el cumplimiento de derechos de autor en donde antes de ejercer una acción por violación de derechos, el titular envía previamente avisos de advertencia. El esquema de los tres *strikes* consiste en que, primero se envía un mensaje al presunto infractor, luego una carta más seria, y finalmente se impone la sanción (en la actualidad, la más comentada es la suspensión del acceso a Internet).

Nos encontramos frente a una medida novedosa que, aunque con antecedentes en el derecho de EUA, sólo recientemente se está discutiendo su aplicación en la materia autoral. De hecho, hasta la fecha, pocos países han legislado sobre el particular, como Francia, Corea del Sur, Singapur o Nueva Zelanda (este último país sin haber implementado todavía las medidas).

Cfr. Strowel, Alain, “Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – Is the ‘graduated response’ a good reply?”, *The WIPO journal: analysis and debate of intellectual property issues*, Londres, núm. 1, 2009, pp. 77 y 78; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 7.

supuestos infractores, y en caso de que dichas advertencias no fueran atendidas, se les suspendería a los presuntos infractores el acceso a Internet por un año¹⁰⁰⁵. El partido socialista impugnó la constitucionalidad de esa ley ante el Consejo Constitucional. Dicho órgano de control de la constitucionalidad, determinó, por un lado, que el acceso a Internet está protegido por la libertad de expresión y comunicación, de manera que cualquier restricción a ese derecho (como el privar de acceso a Internet a supuestos violadores de derechos de autor) debe ser proporcional al fin perseguido¹⁰⁰⁶, y que sancionar con la privación de ese acceso implica una manifiesta desproporción que va en contra de la presunción de inocencia¹⁰⁰⁷; y por otro lado, que la recopilación de datos personales con el fin de proteger derechos de autor afecta desproporcionadamente el derecho a la vida privada^{1008, 1009}.

Si bien el Consejo Constitucional dejó vigente el resto de la ley, y sólo encontró reprochable el que las sanciones las impusiera una autoridad administrativa (y no un juez), y el que se estableciera una presunción de culpabilidad en afectación a los derechos de defensa (no se permitía probar la inocencia)¹⁰¹⁰, este resulta un interesante caso sobre el uso del principio de proporcionalidad para equilibrar la protección a los autores con los derechos fundamentales a la información y a la intimidad¹⁰¹¹.

Finalmente, el último ejemplo al que nos referiremos es el primer asunto de derechos de autor que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso *Balan v. Moldavia* de 2008. En este asunto, el gobierno de Moldavia utilizó, sin autorización del autor, una fotografía para incluirla en credenciales de identificación de la población. El tribunal europeo, luego de constatar que la legislación interna del país juzgado establecía que los documentos oficiales carecerían de protección autoral, determinó que no había una razón de peso suficiente para incluir esa fotografía (y no otras) en las credenciales, además de que, si se quería utilizar esa fotografía en particular, existían opciones menos gravosas para los derechos del autor (como el celebrar un contrato con él). Por lo que concluye el tribunal europeo que no se logró un justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y los intereses del autor, subordinando los segundos a los primeros, e imponiéndole al autor una carga excesiva.

¹⁰⁰⁵ Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 1004, pp. 79 y 80.

¹⁰⁰⁶ En su resolución de 10 de junio de 2009, el Consejo Constitucional, determinó: “que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi”.

¹⁰⁰⁷ “Considérant que, selon les requérants, en conférant à une autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à internet, le législateur aurait, d'une part, méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées ; qu'ils font valoir, en outre, que les conditions de cette répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense”. *Idem*.

¹⁰⁰⁸ Sobre el particular, en la misma resolución, el Consejo Constitucional señaló lo siguiente: “toutefois, l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en oeuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions; qu'une telle autorisation ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime”.

¹⁰⁰⁹ Para más detalles, *cfr.* Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 1004, pp. 82 a 84.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰¹¹ Aunque en este plano, cabe decir que el examen de proporcionalidad hecho por el Consejo Constitucional francés fue muy superficial. Probablemente tribunales constitucionales como el alemán o el colombiano hubieran profundizado más al analizar lo relativo a la proporcionalidad.

Como se observa, la idea de la aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos de autor está flotando en el aire, y aunque nos encontramos en una etapa muy temprana de dicho tema, la presente investigación busca ir concretando y aterrizando esas ideas con el propósito de su aplicación práctica.

c) ¿Por qué no otra clase de cláusulas abiertas?.- Es válido preguntar por qué proponemos, en nuestro sistema mixto, la ponderación y no nos inclinamos por el tradicional *fair use* u otra clase de cláusula abierta.

En primer lugar, por la importancia que la técnica de la ponderación ha tenido en la práctica de los tribunales de países neorromanistas durante más de 60 años, lo cual la ha convertido en una fórmula conocida y fiable¹⁰¹².

En segundo lugar, porque está comprobado que es un mecanismo razonable y estable de aplicación de normas jurídicas, destinado a lograr una corrección formal en la solución de la controversia¹⁰¹³.

En tercer lugar, porque es más fácil que las autoridades mexicanas apliquen figuras ya reconocidas –incluso por jurisprudencia– en nuestro sistema jurídico (como el principio de proporcionalidad), que convencerlas de aplicar *tests* creados por jueces de la familia del *common law*.

Y en cuarto lugar, por ser un mecanismo equilibrado, que busca salvaguardar en la mayor medida de lo posible los intereses encontrados¹⁰¹⁴. Por lo que es una herramienta adecuada para encontrar el tan buscado equilibrio, tanto en materia de derechos de autor, como en materia de derechos fundamentales.

En cambio, el *fair use* (a pesar de sus múltiples ventajas) u otras cláusulas abiertas, parecen no satisfacer del todo algunas de las razones ya esgrimidas para preferir el juicio de ponderación, por lo que este último resulta el más adecuado para el México de hoy.

Una vez dicho lo anterior, corresponde, ahora sí, explicar cómo se puede aplicar ya el principio de proporcionalidad para resolver controversias sobre restricciones a los derechos de explotación, e implementar así, en forma inmediata y sin necesidad de reformas legales, el sistema mixto propuesto.

Para iniciar esta explicación, lo primero que hay que hacer es representar el tipo de conflicto normativo. Por un lado tenemos el derecho de explotación de autor, el cual está configurado a través de varias *reglas* (principalmente en el a. 27 de la LFDA) y que va a prohibir ciertos usos de una obra. Por el otro lado están, principalmente, los derechos fundamentales relativos a la información, a la cultura y a la educación, mismos que tienen la forma de *principios* (*vid.*, entre otros, los aa. 3º, 4º, 6º y 7º constitucionales) y que van a operar, en ciertos casos, en el sentido de que sí se permitan *prima facie* los usos de obras que prohíben los derechos de explotación.

Pues bien, según el sistema mixto propuesto, el primer paso que debe seguirse para saber si determinado uso de una obra requiere o no de la autorización del titular del derecho de explotación (o de la facultad respectiva), es revisar el catálogo de

¹⁰¹² Sobre esto *cfr.* el apartado 5.3.2 del capítulo primero del presente trabajo.

¹⁰¹³ *Cfr.*, entre otros, Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH / Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 61; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 945, p. 448; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 981, p. 351; Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 922, pp. 40 y ss.

¹⁰¹⁴ *Vid.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 602, p. 112.

restricciones previsto en la ley autoral¹⁰¹⁵. Estas restricciones al derecho de explotación son *reglas*, es decir, son mandatos definitivos, por lo que si encontramos una restricción al derecho de explotación que sea aplicable, el juzgador deberá limitarse a resolver la controversia con base a esa restricción, lo cual hará mediante una subsunción (forma típica de aplicación de las reglas), sin que sea necesario acudir a la ponderación¹⁰¹⁶.

Hasta aquí no hay mayor cambio respecto a lo que sucede hoy en día con la forma de aplicar la LFDA. Empero, ¿qué sucede cuando el uso de la obra que es materia de la controversia no está previsto como una restricción al derecho de explotación? En la concepción actual, la cuestión llegaría hasta ahí, sin que se hiciera ulterior análisis, arribando a la conclusión de que el uso es ilícito y se violan derechos de autor.

Sin embargo, en el sistema mixto propuesto habría un paso adicional: ante la insuficiencia del catálogo legal de restricciones al derecho de explotación, el juzgador debe verificar cuáles son las exigencias de los derechos fundamentales en ese caso, para verificar si el favorecer los intereses del autor en ese caso no es contrario al derecho a la información o a otros derechos básicos.

Así, si luego de analizar el listado legal de restricciones al derecho de explotación, el juzgador no encontró ninguna aplicable al caso, debe proceder a resolver la *contraposición normativa* que pudiera existir entre el derecho de explotación (reglas) y los derechos a la información, a la cultura y a la educación –según sea el caso– (principios).

Esto nos plantea una cuestión interesante. Según vimos en el capítulo primero, las colisiones entre principios se resuelven aplicando el principio de proporcionalidad, mientras que los conflictos entre reglas se solucionan acudiendo a los criterios lógico-teóricos tradicionales (como la *lex specialis* o la *lex superior*), pero ¿cómo se soluciona un conflicto entre una regla y un principio?

Pues bien, en estricto sentido, no hay una técnica para resolver una colisión entre reglas y principios¹⁰¹⁷, sino que lo que se debe hacer es reconducir el conflicto al nivel de los principios:

Por lo tanto, no se produce nunca una antinomia jurídica entre principios y reglas jurídicas. Éstas llevan a cabo la concreción de aquéllos. Por consiguiente, cuando dos principios entran en pugna y uno domina sobre el otro, las reglas que dan concreción al que fue vencido se dejan de lado: no se produce su aplicación en una determinada hipótesis, aunque permanezcan integradas válidamente (es decir, tengan validez en el ordenamiento jurídico)¹⁰¹⁸.

Es decir, lo que tenemos que hacer es encontrar el principio que da sustento a la regla que está colisionando con el otro principio, para así determinar, más bien, cuál es el principio que prevalecerá (con sus correspondientes reglas, en su caso). Como bien explica Borowski: “También las colisiones entre reglas y principios se resuelven en la dimensión del peso, siempre que sea necesaria una ponderación de un principio con otros principios que sustentan el contenido de la regla”¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ Estamos partiendo del supuesto de que el uso de la obra no está salvaguardado por otras válvulas de escape, como la dicotomía “expresión/contenido” (*cf.* el apartado 10.1.4.3 del capítulo cuarto de la presente investigación).

¹⁰¹⁶ En todo caso, ya fue el propio legislador quien ponderó previamente la cuestión y decidió que debían prevalecer intereses diferentes a los del autor.

¹⁰¹⁷ Nos explica Guastini: “las reglas y los principios son normas heterogéneas en cuanto a su estructura lógica, de manera que tal comparación directa entre ellos es imposible”. Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 982, pp. 120 y 121.

¹⁰¹⁸ Grau, Eros, *op. cit.*, nota 384, p. 181.

¹⁰¹⁹ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 660, p. 49.

Nos encontramos frente a una situación común en el Estado constitucional de derecho, como indica García Amado: “todo conflicto de derechos basados en reglas es reconducible en Estado constitucional a conflicto entre principios, y, más aún, entre principios constitucionales”¹⁰²⁰.

Por consiguiente, en el sistema mixto propuesto, al llegarse a este segundo paso, el conflicto entre el derecho de explotación (reglas) y los derechos a la información, a la cultura y a la educación (principios), debe reconducirse a una colisión de principios, es decir, debe resolverse en la dimensión del peso.

En este sentido, los derechos de explotación (reglas) encuentran su sustento último y de mayor peso en el *derecho fundamental a la protección jurídico-autoral* (principio)¹⁰²¹. Esto significa que el juzgador deberá ponderar¹⁰²² entre ese principio y, según sea el caso, los derechos a la información, a la cultura y a la educación.

Mediante esa *ponderación* se resolverá si el uso controvertido de una obra es lícito o ilícito. Si en la ponderación prevalece el derecho a la protección jurídico-autoral, se aplicarán las reglas del derecho de explotación, y el uso de la obra será ilícito si no se obtiene el respectivo permiso. En cambio, si prevalecen los principios opuestos, el uso será libre y, en ese caso concreto, se dejará de lado lo ordenado por el derecho de explotación, sin que sus reglas pierdan validez¹⁰²³. Así es como se aplicaría el principio de proporcionalidad, hoy en día, dentro de este sistema mixto de restricciones al derecho de explotación aquí propuesto.

Para mayor claridad, pongamos algunos ejemplos.

A continuación haremos algunas ponderaciones sobre posibles restricciones al derecho de explotación que no están plasmadas en la LFDA, pero que pudieran derivarse de la aplicación del principio de proporcionalidad. Los ejemplos elegidos son el uso incidental de obras, la puesta a disposición de obras musicales en un *blog*, y la parodia.

Comenzando con el ejemplo del *uso incidental* de obras, en el capítulo cuarto (apartado 8.3.4) señalamos que se trataba de una inclusión menor y accesoria de una obra en otra. Supongamos que al filmar una película se crea una escena en la que la protagonista está leyendo revistas de moda en su habitación. En dicha escena son captadas las portadas de diversas revistas (lo que se traduce en obras fotográficas y de diseño). Así las cosas, por un lado tenemos el derecho de explotación sobre las fotografías y diseños de las revistas que impide su reproducción (incorporación a la película) y su distribución y comunicación pública (difusión de la película); pero por el otro lado, encontramos el derecho a la cultura (en su vertiente “derecho de participar en la vida cultural”) de los autores y del productor de la película, quienes, en ejercicio de

¹⁰²⁰ García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo” en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / IJ-UNAM, 2007, p. 248.

Mientras que Grau afirma: “Insisto: las que dejan de lado son las reglas (concreciones de principios) que le dan concreción a ese principio que, en el enfrentamiento con otro, resultó vencido”. Grau, Eros, *op. cit.*, nota 384, p. 181.

En igual sentido, *vid.* Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 167, p. 430.

¹⁰²¹ *Cfr.* el apartado 6.3 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹⁰²² Como vimos *supra* en las notas al pie 987 y 988 del presente capítulo, en las controversias entre particulares donde deban aplicarse principios, basta hacer una ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) sin que sea necesario recurrir a los principios de idoneidad y necesidad, ya que estos últimos examinan los medios elegidos por la autoridad para satisfacer algún principio.

¹⁰²³ “Dicho de otra forma: las reglas que dan concreción al principio vencido, aunque sigan teniendo validez, pierden eficacia –es decir, efectividad– en relación con la situación en la que se manifestó el conflicto entre principios”. Grau, Eros, *op. cit.*, nota 384, p. 182.

su libertad creativa, decidieron hacer un reflejo fiel y realista de una adolescente mexicana en sus ratos de ocio.

Si revisamos la LFDA, dicha utilización de obras no está amparada por ninguna restricción al derecho de explotación, por lo que, de conformidad con el sistema mixto aquí propuesto, el juzgador deberá ponderar el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral de los fotógrafos y diseñadores (pues es el principio que le da sustento a las reglas que plasman el derecho de explotación) y el derecho a la cultura de los cineastas.

Por lo tanto, comencemos por determinar el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral del autor de la fotografía (principio intervenido o “*Pi*”), para saber si es leve (*l*), media (*m*) o grave (*g*). A nuestro entender la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral es leve (*l*), pues si bien es cierto que se está usando la fotografía en forma in consentida y que hay propósitos lucrativos en la película, también es cierto que la revista es una parte muy menor (prácticamente un detalle) dentro del todo de la obra audiovisual; además de que la película no afecta, en forma alguna, la explotación normal de la fotografía o la revista, por lo que los intereses materiales del autor no se ven mermados (si acaso, su afectación es mínima, pues se podría alegar que el autor pudo haber licenciado el uso de la obra en la película), lo que no afecta para que el autor tenga un nivel digno de vida (que ya vimos que es lo que procura el derecho a la protección jurídico-autoral), pues la incorporación a la película no es el principal mercado o fuente de ingresos de la fotografía. Es decir, la aparición de la fotografía en la película es prácticamente inocua para los intereses económicos del autor. Por ende, la intensidad de la afectación al principio intervenido (*IPi*) es leve (*l*), lo que se representa numéricamente en una intervención con valor de 1, es decir, $IPi = 1$.

Ahora hay que graduar la importancia de la satisfacción del derecho a la cultura de los cineastas (principio interventor o “*Pj*”), para saber si es reducida (*l*), media (*m*) o elevada (*g*). Consideramos que la importancia de la satisfacción del derecho a la cultura es media (*m*), pues no se trata de una cuestión de importancia elevada (*g*) ya que la película podría existir sin esa escena o con una revista falsa o de ficción en la misma, pero tampoco es de importancia reducida (*l*), pues se merma el realismo de la película y el propósito de los creadores de dar un fiel reflejo del México de esta época, lo que afecta la calidad prevista de la obra audiovisual y hasta las convicciones artísticas que la impulsan. Por lo tanto, la importancia de la satisfacción del principio interventor (*WPj*) es media (*m*), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 2; por lo que $WPj = 2$.

Determinados los grados de afectación y de satisfacción de los principios en colisión, apliquemos la fórmula del peso, cuyas tres variables son: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (mismos que son 1 en el primer caso, y 2 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Podemos señalar que el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral (*GPiA*) es, como ya dijimos, *medio*, por lo que su valor numérico en la escala triádica es de 2; de manera que $GPiA = 2$. De igual forma, respecto del derecho a la cultura su peso abstracto (*GpjA*) también es *medio* (máxime que los instrumentos internacionales de derechos fundamentales lo ponen al mismo nivel que el derecho a la protección jurídico-autoral), por lo que se le atribuye un valor de 2; lo que significa que $GpjA = 2$.

Por lo que hace al grado de certeza hay en las premisas empíricas (*SP*) relativas al peso de cada principio en colisión, recordemos la escala triádica que clasifica tales premisas en: “seguras o confiables” (*s*), “justificables o plausibles” (*p*), o “no

evidentemente falsas” (*e*), cuyos valores son: 1, ½, y ¼. En el ejemplo que nos ocupa no encontramos mayor problema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a cada principio, por lo que atribuiremos un valor medio (*p*) en cada caso, ya que las premisas empíricas son justificadas o plausibles. Por lo tanto, $SP_i = \frac{1}{2}$, y $SP_j = \frac{1}{2}$.

Así las cosas, si deseamos saber cuánto es el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la cultura respecto del uso incidental de portadas de revistas en una obra cinematográfica ($GP_{i,j}$), debemos aplicar la fórmula del peso, misma que establece:

$$GP_{i,j} = \frac{IP_i \cdot GP_{iA} \cdot SP_i}{WP_j \cdot GP_{jA} \cdot SP_j}$$

Y si aplicamos los valores números a los que hemos llegado a esta fórmula, el resultado sería el siguiente:

$$GP_{i,j} = \frac{1 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{1}{2} = 0.50$$

Esto implica que el peso del derecho a la protección jurídico-autoral en el presente ejemplo es de 0.50.

De igual forma, los mismos valores numéricos se usan para conocer el peso del derecho a la cultura frente al derecho a la protección jurídico-autoral en este ejemplo:

$$GP_{j,i} = \frac{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{1 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{1} = 2$$

Lo que significa que el peso del derecho a la cultura en este caso es de 2.

Así, en el presente ejemplo relativo a un uso incidental de obra, se aprecia que el derecho a la cultura (satisfecho en 2) pesa más que el derecho a la protección jurídico-autoral (afectado sólo en 0.50), por lo que en este ejemplo prevalece el derecho a la cultura, lo que implica que la inclusión de la portada de la revista dentro de la película es lícita aunque se haya hecho en forma no autorizada.

Pasemos al segundo ejemplo, consistente en la puesta disposición de obras musicales en un *blog*. De entrada, como sabemos, una grabación sonora acumula tanto derechos de autor como derechos conexos; para este ejemplo sólo nos enfocaremos en los derechos de autor.

Pues bien, imaginemos que alguien abre un *blog* para comentar sobre el rock de la década de 1970. En ese sitio de Internet, además de poner sus comentarios sobre ciertas agrupaciones y canciones, el dueño también “sube” archivos con varias de las obras musicales que menciona. Cualquiera que entre al *blog* puede descargar los archivos y disfrutar de las obras gratuitamente.

En este asunto se encuentra involucrado, invariablemente, el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral de los creadores de las canciones, a su vez que el responsable del *blog* invocaría su derecho a la información, en su modalidad de difundir información. Ponderemos tales derechos en el presente caso.

Empecemos por determinar el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral de los creadores de las canciones (principio intervenido o “*Pi*”). Consideramos la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral es grave (*g*), debido a que la puesta disposición gratuita de las canciones genera la posibilidad de que muchas personas adquieran las obras en ese *blog* y no en los canales de comercialización, en donde se terminaría remunerando al autor. Varias personas que hubieran adquirido onerosamente la obra por otras vías, lo dejarían de hacer ante la posibilidad de acceso gratuito en el *blog*, lo que se traduce en una afectación directa a los intereses económicos del autor¹⁰²⁴, pues hay una afectación al *núcleo* mismo de la protección económica de los creadores, en tanto el *blog* está rivalizando directamente con las otras formas de adquisición de la obra. Por ende, la intensidad de la afectación al principio intervenido (*IPi*) es grave (*g*), lo que se representa numéricamente en una intervención con valor de 4, es decir, $IPi = 4$.

Por lo que se refiere a la importancia de satisfacer el derecho a la información (principio interventor o “*Pj*”), esta es reducida (*l*), ya que el responsable del *blog* puede seguir operando su sitio y opinando sobre el rock de los 70, sin necesidad de poner los archivos con las canciones concretas; inclusive, si quiere ilustrar alguno de sus comentarios, bien puede valerse del derecho de cita, sin necesidad de poner a disposición del público las obras musicales completas. Así, la importancia de la satisfacción del principio interventor (*WPj*) es reducida (*l*), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 1; por lo que $WPj = 1$.

Una vez que ya conocemos los grados de afectación y de satisfacción de los principios colisionantes, corresponde aplicar la fórmula del peso, cuyas tres variables hay que recordar: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (mismos que son 4 en el primer caso, y 1 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Podemos señalar que el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral (*GPiA*) es *medio*, como ya hemos dicho, por lo que su valor numérico en la escala triádica es de 2; de manera que $GPiA = 2$. De igual forma, respecto del derecho a la información su peso abstracto (*GpjA*) es *máximo* (debido a su supuesta posición prevalente¹⁰²⁵), por lo que le atribuye un valor de 4; lo que implica que $GpjA = 4$.

Respecto al grado de certeza hay en las premisas empíricas (*SP*) relativas al peso de cada principio, recordemos la escala triádica: “seguras o confiables” (*s*), “justificables o plausibles” (*p*), o “no evidentemente falsas” (*e*), cuyos valores son: 1, 1/2, y 1/4. En el presente ejemplo tampoco encontramos mayor problema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a los principios colisionantes, por lo que atribuiremos un valor medio (*p*) en ambos supuestos, debido a que las premisas empíricas son justificadas o plausibles. De esta forma, la atribución de valores quedaría así: $SPi = 1/2$, y $SPj = 1/2$.

Por consiguiente, para conocer el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la información respecto de la puesta a disposición gratuita de obras en un *blog* (*GPi,j*), hay que aplicar la fórmula del peso:

$$GPi,j = \frac{IPi \cdot GPiA \cdot SPi}{WPj \cdot GpjA \cdot SPj}$$

¹⁰²⁴ Recuérdese que según el Comité DESC, entre los intereses materiales básicos de los autores, está el ser remunerados por los usos de sus obras. *Vid.* la observación general 17, párrafo 31.

¹⁰²⁵ *Cfr.* la nota al pie 948 del presente capítulo.

La cual quedaría de la siguiente manera, si le adjudicamos los valores números ya encontrados:

$$GP_{i,j} = \frac{4 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{1 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Así, el peso del derecho a la protección jurídico-autoral en este ejemplo es de 2.

Por otro lado, los mismos valores numéricos se usan para saber el peso del derecho a la información frente al derecho a la protección jurídico-autoral en el presente caso:

$$GP_{j,i} = \frac{1 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{4} = 0.5$$

Esto implica que el peso del derecho a la información en el presente ejemplo es de 0.5.

Por consiguiente, en este caso relativo a la puesta a disposición de obras en un *blog*, se aprecia que el derecho a la protección jurídico-autoral (satisfecho en 2) pesa más que el derecho a la información (afectado sólo en 0.50), por lo que en este ejemplo prevalece el derecho a la protección jurídico-autoral, lo que implica que la conducta del responsable del *blog* es ilícita y esta sujeta a la previa autorización del autor.

El tercer ejemplo de cómo aplicar el principio de proporcionalidad para resolver controversias en materia de derechos de autor, es el de la parodia. En el apartado 6.2 del presente capítulo ya desarrollamos la respectiva fórmula del peso, cuyo resultado fue la prevalencia del derecho a la información (al menos en términos abstractos, pues en casos concretos no necesariamente debe ser así).

Todo lo anterior nos ilustra el tipo de operación jurídica que debe hacerse en el sistema mixto de restricciones que proponemos, pero también nos demuestra que hay casos en que prevalece el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, como también los hay en donde salen vencedores otros derechos.

Desde luego, la mezcla de un catálogo ejemplificativo de restricciones a un derecho (*numerus apertus*) acompañado de la posibilidad de ponderar en los casos no previstos por ese listado, no es novedad alguna en los países neorromanistas; antes al contrario, es algo común en las leyes civiles sobre derechos de la personalidad, como se puede apreciar en el caso de España¹⁰²⁶ e, incluso con mayor claridad, en el caso mismo de México.

En efecto, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal contempla diversas restricciones expresas a los derechos de la personalidad que regula, como por ejemplo, la caricatura, el uso de imágenes accesorias en acontecimientos de actualidad, el interés histórico, la imagen de personas públicas en acontecimientos públicos, etc. Sin

¹⁰²⁶ Por ejemplo, respecto de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen, Azurmendi nos refiere que esa ley admite otras restricciones al derecho a la propia imagen diferentes a las tipificadas por el a. 8.2, es decir, dicho catálogo constituye un *numerus apertus* que puede ser complementado por vía judicial. Cfr. Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, México, 2a. ed., UIA / Fundación Manuel Buendía, 1998, pp. 213 y 214.

embargo, al margen de ese listado legislativo, el propio ordenamiento permite al juez acudir a una ponderación y desarrollar nuevas restricciones, contemplando la ley para tal efecto dos cláusulas generales o abiertas: la primera en su a. 8° (“El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad”) y la segunda en su a. 27 (casos en que debe *predominar* el interés público).

Precisamente, a esta clase de restricciones no previstas en ley, son a las que la doctrina del derecho de la información llama “límites implícitos”, los cuales se derivan de ponderar o balancear los derechos e intereses que lleguen a colisionar con las libertades informativas¹⁰²⁷.

De donde se concluye que nuestra propuesta en materia de derechos de autor no es exótica a nuestra tradición jurídica, y cuenta con herramientas jurídicas suficientes para poderse implementar.

Pasemos ahora a ver cómo podemos llegar a los mismos resultados, pero mediante la incorporación a la ley de una cláusula general.

6.4.2.2.- Aplicación en una cláusula general.

Si bien el sistema mixto de restricciones propuesto se puede implementar de la manera explicada en el apartado anterior, lo ideal es reformar la LFDA para incluir una cláusula abierta. Aquí el principio de proporcionalidad es, principalmente, un inspirador del legislador en relación con la redacción del texto de la cláusula abierta.

En este sentido, puede pensarse en adicionar la LFDA con un artículo que diga algo así como lo siguiente:

Si la autoridad judicial o administrativa encuentra que la utilización no autorizada de la obra no está amparada por alguna de las limitaciones o excepciones previstas en los artículos previos o en cualquier otro contemplado en esta Ley, procederá entonces a ponderar los derechos fundamentales de quien utilizó la obra que resulten relevantes, con el derecho fundamental del autor a ser protegido en sus intereses morales y materiales.

Los resultados prácticos son los mismos que con la redacción actual de la LFDA, pues en ambos supuestos se llegaría a una ponderación de principios en caso de que el listado legal de restricciones no nos resolviera el caso concreto. La diferencia, es que la cláusula abierta facilitaría más la labor de fundamentación y motivación de los juzgadores.

6.5.- Principales obstáculos para este sistema mixto propuesto.

Hay que reconocer que el camino para aplicar el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que aquí proponemos, no está exento escollos u objeciones, a pesar de tener un sólido fundamento jurídico y soporte iusfundamental. Por lo que a continuación repasaremos, brevemente, algunos de esos obstáculos.

6.5.1.- Formalismo del medio jurídico mexicano.

Una propuesta de este tipo requiere una nueva forma de ver y entender el derecho. Nuestras autoridades judiciales y administrativas se han formado, en su mayoría, en un

¹⁰²⁷ Tacchi, Paola, *Elementi di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Nápoles, Simone, 2008, p. 14.

ambiente profesional y académico muy formalista, deudor del estado legalista de derecho y del paleopositivismo. Lo mismo puede decirse de los abogados postulantes, quienes, también en su mayoría, siguen perpetuando dogmas propios del s. XIX.

Si bien un importante sector de la academia y del Poder Judicial de la Federación han dado impulso a nuevos paradigmas jurídicos, más garantistas y flexibles (las jurisprudencias sobre el principio de proporcionalidad son un claro ejemplo), hay que reconocer que nuestro foro todavía no está preparado al cien por ciento para aplicar una propuesta como la que aquí exponemos.

Empero, eso no descalifica la propuesta en sí misma, sino más bien nos demuestra el subdesarrollo jurídico en el que ha quedado México. En esta materia, como en otras tantas, más bien, lo que debe hacerse es continuar promoviendo y propiciando el avance del derecho.

La aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar controversias sobre derechos de autor generará, en algunos casos, resoluciones equivocadas y errores judiciales, sin embargo, poco a poco se avanzará al grado de que todos los operadores jurídicos lleguen a familiarizarse con ese instrumento.

6.5.2.- Dogmas del derecho autoral.

La propuesta de un sistema mixto de restricciones al derecho de explotación basado en el principio de proporcionalidad, rompe con la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, arraigada en los países de tradición jurídica continental¹⁰²⁸.

Es posible que buena parte de la doctrina en materia de derechos de autor rechace una propuesta de este tipo, por desviarse de algunos de los dogmas de dicha disciplina, y por tener algunas similitudes con el *fair use* (figura generalmente antipática para los estudiosos de los países del *droit d'auteur*).

Sin embargo, quitados los dogmas y analizada a fondo la propuesta, se verá que ni es una importación de figuras del *common law*, ni busca destruir los derechos de los autores (al contrario, se trata de fortalecerlos y salvaguardarlos a través de los derechos fundamentales, pero también se pretende un equilibrio al respetarse otros derechos igual de importantes). El principio de proporcionalidad tiene décadas de tradición en la judicatura europea (no es raro ver su aplicación en países como Alemania, España, Italia, etc.) y en los tribunales internacionales en materia de derechos humanos; en realidad, no es algo exógeno a nuestra tradición jurídica.

De hecho, la realidad nos está demostrando cómo la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación está en vías de superación. Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán, en el caso *Elektronischer Pressespiegel* (julio de 2002), se alejó de la máxima de interpretación restrictiva, admitiendo que algunos casos son

¹⁰²⁸ En este sentido, Geiger explica: “decisions that on principle favour the right-holder, like the principle of the restrictive interpretations of exceptions, would not be justified under a system based on fundamental rights”. Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 993, p. 122.

Inclusive, ese académico acusa que la máxima de interpretación restrictiva de los límites a los derechos de autor ha permitido la desmedida expansión de los derechos de explotación. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 165, p. 35.

Mientras que Piovesan apunta que una concepción excesivamente privatista de los derechos de autor afecta la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. *Vid.* Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II, p. 25.

susceptibles de interpretación analógica¹⁰²⁹. Más ejemplos pueden encontrarse *supra* en el apartado 6.4.2.1 del presente capítulo.

Además, la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación sale mal parada a la luz de los derechos fundamentales, pues no toma en cuenta las exigencias constitucionales y los tratados de derechos humanos. Y es que la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación tiene su sustento teórico en el legicentrismo decimonónico, postura doctrinal ya superada en el s. XXI.

De ahí que, acertadamente, Geiger¹⁰³⁰ explique que si las restricciones al derecho de explotación tienen su origen en derechos fundamentales (como ya lo comprobamos¹⁰³¹), no pueden ser vistas como excepciones a las reglas, ni interpretarse restrictivamente¹⁰³², pues no hay una jerarquía de derechos sino una igualdad entre ellos.

Inclusive, la exposición de motivos de la propia LFDA da pie a una lectura más equilibrada de la misma, cuando afirma que se trata de un “ordenamiento jurídico por medio del cual los autores (...) encuentren *el mayor equilibrio posible* en el tráfico de bienes y servicios culturales” (énfasis añadido).

En fin, no podemos soslayar lo dicho por el Comité DESC en el sentido de que los estados han de “lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de una protección efectiva de los intereses morales y materiales de los autores y las obligaciones de los Estados Partes en relación con los derechos a (...) la educación, así como los derechos a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y cualquier otro derecho reconocido en el Pacto”¹⁰³³.

6.5.3.- La regla de los tres pasos.

Posiblemente, la regla de los tres pasos es el principal obstáculo a un sistema mixto de restricciones basado en el principio de proporcionalidad.

De entrada, coincidimos con Griffiths¹⁰³⁴ cuando afirma que, tal y como se entiende, la regla de los tres pasos está destinada a producir resultados arbitrarios o no equilibrados. Esto en virtud de que tradicionalmente se ha estimado que es un examen escalonado, donde la verdadera ponderación o *balancing* se hace hasta llegar al tercer paso¹⁰³⁵, debiendo aprobarse previamente el segundo paso, mismo que es de carácter

¹⁰²⁹ Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, “Interpreting exceptions in intellectual property law” en Adelman, Martn J., Brauneis, Robert, Drexl, Josef, y Nack Ralph (coords.), *Patents and technological progress in a globalized world. Liber amicorum Joseph Straus*, Alemania, Springer-Verlag, 2009, p. 102.

¹⁰³⁰ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 165, p. 43.

¹⁰³¹ *Cfr.* el apartado 1.5 del capítulo cuarto de la presente investigación.

¹⁰³² Eso sin tomar en cuenta las objeciones metodológicas a la interpretación restrictiva de las excepciones (por ejemplo, por ir en contra del criterio de *lex specialis* o por sólo favorecer interpretaciones gramaticales). *Cfr.* Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, *op. cit.*, nota 1029, pp. 107 a 109.

¹⁰³³ Observación general 17, párrafo 39, inciso e).

¹⁰³⁴ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 20.

¹⁰³⁵ No les falta razón a Hugenholtz y Okediji cuando explican que la redacción del tercer paso permite examinar las exigencias de los derechos fundamentales. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 145, p. 487.

Por lo mismo, coincidimos con Geiger cuando indica que *el tercer paso es el más importante*, pues es el que permite evaluar la justificación detrás de cada restricción al derecho de explotación. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 994, p. 18.

Además, como se ha destacado, el tercer paso es inherentemente maleable (*vid.* Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 17), al grado de identificarlo con el principio de proporcionalidad (Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 994, p. 18; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 91, p. 776; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 61; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 226), y concretamente

meramente económico y tiende a favorecer al titular de derechos¹⁰³⁶. De ahí que se diga que la regla de los tres pasos propicia lecturas economicistas (como la que hizo el órgano de solución de controversias de la OMC), y que la traba que implica el segundo paso impide realmente valorar los intereses involucrados¹⁰³⁷.

A esto se puede sumar el hecho de que algunas interpretaciones del primer paso lo explican como una prohibición de limitar los derechos de explotación si no es a través de una restricción formulada en forma expresa y concreta en el texto de la ley¹⁰³⁸. Si bien esta no es la única interpretación (e incluso difiere de la del órgano de solución de controversias de la OMC¹⁰³⁹), el riesgo está latente.

Por consiguiente, tal y como algunos entienden la regla de los tres pasos, concretamente respecto a su lectura escalonada y al orden de cada uno de los pasos, esta figura jurídica favorece al titular de derechos de explotación e impide un verdadero equilibrio, al grado de haberse convertido, más bien, en una presunción general en contra de las restricciones al derecho de explotación¹⁰⁴⁰. En tal tenor, nos refieren Hugenholtz y Okediji:

The three-step test apparently negates the balance between exclusivity and access that should be inherent in any mature copyright system. Its focus, as with the entire structure of minimum rights, is geared toward protecting rights of authors or, in the case of TRIPS, ‘rights holders’, not the interests of society or the general public. Cumulative application of the three steps, as its wording requires, heavily tilts the balance in favour of the rights holders¹⁰⁴¹.

En este sentido, la aplicación directa del principio de proporcionalidad para resolver controversias sobre derechos de autor pudiera parecer, para muchos, una

con la ponderación (Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 72, p. 287; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, pp. 160 y 163).

¹⁰³⁶ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 994, pp. 18 y 19 (quien incluso considera que el no llegar al tercer paso por no haberse aprobado el segundo, es contrario a las exigencias de los derechos fundamentales, pues se le está dando prioridad al titular de derechos autorales, cuando el trato debe ser, más bien, equitativo).

¹⁰³⁷ “Koelman has described the problem clearly – explaining that if the three conditions of the ‘test’ are interpreted as cumulative requirements and if the second step is itself interpreted restrictively as precluding most interventions into a right-holder’s market, there is a danger that the prohibition upon all conflict with the ‘normal exploitation’ of a work will assume undesirable ‘show-stopping’ status. Whenever an excepted use deprives a right-holder of a realisable commercial gain (current or potential), the second step will be infringed and the application of the exception will necessarily be curtailed – regardless of any competing public interest consideration that the exception at issue may serve”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 10.

¹⁰³⁸ Por ejemplo, esa es la opinión de Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 724, p. 167.

En general, la explicación y refutación de esta postura puede encontrarse en Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 137.

¹⁰³⁹ Informe del Grupo Especial de la OMC, p. 32.

¹⁰⁴⁰ “As has been noted by many commentators, a restrictive approach to the ‘three-step test’ risks paralysing the development of copyright exceptions and harming the public interest in the digital environment. To the extent that the ‘test’ is interpreted as a general presumption against the extension of exceptions, it may forestall the adoption of viable solutions to the problems presented to copyright law by communications technologies”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 10.

De hecho, desde la inclusión de la regla de los tres pasos en el Convenio de Berna, sus redactores revelaron que, aunque se trata de un instrumento que busca equilibrar diversos intereses, se puso como prioridad proteger los intereses económicos de los autores. *Cfr.* Okediji, Ruth, “Toward an international fair use doctrine”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 39, núm. 1, 2000, p. 111; y Sun, Haochen, “Overcoming the Achilles Heel of copyright law”, *Northwestern journal of technology and intellectual property*, Northwestern University, vol. 5, núm. 2, primavera 2007, p. 274.

¹⁰⁴¹ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 145, p. 482.

violación a la regla de los tres pasos, en tanto no se estaría restringiendo el derecho de explotación sólo en casos especiales previstos en ley (no aprobación del primer paso), y en tanto se estarían ponderando derechos encontrados, incluso cuando se hubiese constatado una afectación a la explotación normal de la obra (no aprobación del segundo paso).

Es así como la regla de los tres pasos podría llegar a constituir un obstáculo para el sistema mixto de restricciones que proponemos. Desde luego, esto no puede pasarse por alto, pues la regla de los tres pasos no puede ignorarse al estar prevista en tratados de los que México es parte (Convenio de Berna, TLCAN, ADPIC y TODA), y por ende, por ser obligatoria.

Una solución, aparentemente sencilla, sería considerar que la regla de los tres pasos contraviene los tratados de derechos humanos, en particular los que protegen derecho a la información, el derecho a la cultura y el derecho a la educación; máxime que estos tratados echan mano del principio de proporcionalidad para limitar los derechos fundamentales¹⁰⁴². Bajo este enfoque la regla de los tres pasos contravendría tratados de *ius cogens* y, por ende, las disposiciones internacionales que contemplasen la regla de los tres pasos serían nulas a la luz del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (y hasta de la costumbre internacional que le da sustento).

Si bien tal razonamiento no es del todo descabellado, presenta serios bemoles. En primer lugar, como apuntamos con anterioridad¹⁰⁴³, en la doctrina del derecho internacional no hay acuerdo sobre si todos los derechos humanos son de *ius cogens*, o sólo algunos de ellos. Y si bien es cierto que una concepción holística y moderna nos inclinaría a la primera opción, los tribunales internacionales podrían eventualmente decantarse por la segunda (máxime que hay un importante sector doctrinal que sustenta esta postura), lo que implicaría la validez de la regla de los tres pasos.

En segundo lugar, el principal foro jurisdiccional para aplicar la regla de los tres pasos es el órgano de solución de controversias de la OMC vía ADPIC (aunque la Corte Internacional de Justicia podría hacerlo vía TODA y Convenio de Berna); y además de que la OMC carece de competencia para anular tratados, es un organismo que sólo aplica las normas de su subsistema jurídico (comercio internacional) y es poco propicio a tomar en cuenta los tratados de derechos humanos.

Otra vía de solución es cambiar la redacción de la regla de los tres pasos en los tratados. Empero, esto tampoco es fácil. De entrada, por el requisito de unanimidad de votos del Convenio de Berna, y por el más o menos amplio consenso que generó la adopción de la regla en el TODA, en el ADPIC y hasta en el TLCAN. Se antoja difícil coordinar sendas conferencias diplomáticas para cambiar la redacción de todos esos tratados¹⁰⁴⁴.

En la misma vena, pero con un panorama menos pesimista, está la opción de la derogación de la regla de los tres pasos mediante la adopción de un nuevo tratado (ley posterior deroga a la anterior)¹⁰⁴⁵. Quizás el posible tratado sobre restricciones al derecho de explotación que está preparando la OMPI, pudiera contemplar alguna disposición de este tipo¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² Como ejemplo, *vid.* los párrafos 22 y 23 de la observación general 17 del Comité DESC, así como el párrafo 19 de la observación general 21 del mismo comité.

¹⁰⁴³ Apartado 2.4, capítulo tercero.

¹⁰⁴⁴ “However, the practical difficulties of achieving any form of solution based on a rewriting of the ‘test’ are obvious. Copyright reform is a slow and acrimonious process”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 10.

¹⁰⁴⁵ *Cfr.* el a. 59 de la Convención de Viena.

¹⁰⁴⁶ *Vid. infra* apartado 6.6.

Aunque la solución que más aceptación está generando en el ámbito académico es la *reinterpretación* de la regla de los tres pasos¹⁰⁴⁷.

En efecto, el profesor Casas Vallés, quien ve con buenos ojos esas posturas reinterpretativas de la regla de los tres pasos, afirma: “Hay que admitir que resulta muy tentador –y probablemente sería positivo– releer la prueba para convertirla en una herramienta más flexible”¹⁰⁴⁸.

De hecho, la regla de los tres pasos tiene sus raíces en el *common law* (como vimos en el apartado 6.1 del capítulo cuarto de la presente investigación), por lo que su interpretación *debe ser flexible*¹⁰⁴⁹.

Como ejemplo, Christophe Geiger propone una lectura inversa de la regla de los tres pasos, comenzando con el tercer paso, el cuál es el que en realidad permite ponderar los intereses y tomar en cuenta lo que en realidad está en juego. Mientras que el segundo paso sólo serviría para “calibrar” o corregir los resultados que, de plano, fueran desastrosos para la normal explotación de la obra. Además, este brillante académico nos puntualiza que el tipo de lectura que propone es válida, pues el texto de la regla de los tres pasos no lo prohíbe (vaya, ni siquiera señala el análisis escalonado que se ha llegado a considerar ortodoxo), mientras que sería un tipo de interpretación totalmente acorde a la luz de los derechos fundamentales¹⁰⁵⁰.

Ideas similares también han sido sugeridas por Casas Vallés:

En este sentido ¿por qué no ver el tercer paso como un método (de ponderación) para equilibrar los intereses enfrentados de la sociedad (primer paso: determinados casos especiales) y de los titulares (segundo paso: explotación normal de las obras y prestaciones)?¹⁰⁵¹

Inclusive, buscando otras alternativas que sean respetuosas del texto de la fórmula de los tres pasos, e inspirándose en el *fair use*, Geiger también propone que los tres pasos se tomen como tres criterios que deben ser tomados en cuenta por los jueces en forma conjunta y simultánea. Así, en el segundo paso de la regla de los tres pasos (como en el cuarto factor del *fair use*), el juez debe tomar en cuenta el efecto económico negativo por el uso de la obra, pero ese no es el factor decisivo por sí mismo, sino que se debe sopesar con el resto de los factores e, incluso, pueden existir casos donde se resuelva la licitud del uso no autorizado de la obra, a pesar de no haberse aprobado el segundo paso¹⁰⁵².

Como bien dice Casas Vallés, frente a la ortodoxia en la interpretación de la regla de los tres pasos (necesidad de aprobar cada etapa y en orden progresivo), “se ha sugerido que un análisis global o conjunto (que no obligara a superar todos y cada uno de los pasos de forma independiente y cumulativa), permitiría una aplicación más equilibrada de la prueba y evitaría convertirla en una carrera de obstáculos”¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁷ “Accordingly, many commentators have argued that the problems arising from the apparent inflexibilities of the ‘test’ can better be resolved through the adoption of an appropriate interpretation of its existing terms. Several scholars have, for example, suggested ways of softening the potential impact of the second step of the ‘test’ and, thereby, avoiding the potential pitfalls noted above”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 349, p. 10.

¹⁰⁴⁸ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 695.

¹⁰⁴⁹ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 140, p. 2.

Asimismo, *vid.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 64.

¹⁰⁵⁰ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 994, pp. 18 y 19.

¹⁰⁵¹ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 695.

¹⁰⁵² Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 994, p. 19.

¹⁰⁵³ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 140, p. 695.

Otra postura de este tipo es la Gervais, quien también propone una prueba de los tres pasos *inversa*, en donde se adoptan criterios del *fair use* para interpretar la prueba tripartita¹⁰⁵⁴.

Consideramos que estas propuestas de interpretación de la regla de los tres pasos, son muy afortunadas. De entrada porque son respetuosas de los derechos fundamentales, en general; y muy particularmente del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, por un lado, y de los derechos a la cultura, la educación y la información, por el otro lado.

Pero además, vemos con buenos ojos tales propuestas, porque encuentran un sólido sustento, tanto en el ADPIC como en el TODA. En efecto, el artículo 7° del ADPIC nos da una norma de interpretación muy importante:

Artículo 7°
Objetivos

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en *beneficio recíproco* de los productores y de los *usuarios* de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y *el equilibrio de derechos y obligaciones*. (Énfasis añadido).

Véase como el objetivo del ADPIC (no formulado en su preámbulo, sino en su articulado mismo), no es favorecer preponderantemente a los titulares de derechos intelectuales, sino lograr un *beneficio recíproco*, que abone a un bienestar social, y, sobre todo, que lleve a un *equilibrio* de derechos¹⁰⁵⁵.

Bajo esta luz, el interpretar la regla de los tres pasos (a. 13 del ADPIC) en forma cumulativa y en el orden tradicional, se traduciría en inclinar la balanza, indefectiblemente, a favor de los titulares de derechos de explotación, lo que no es una interpretación válida a la luz de la Convención de Viena¹⁰⁵⁶, pues tiende a frustrar el objeto y fin del tratado, el cual es el beneficio recíproco, el bienestar social y, sobre todo, el equilibrio.

En cambio, las nuevas interpretaciones propuestas de la regla de los tres pasos, no sólo son más acordes con el a. 7° del ADPIC, sino incluso parecen estar *ordenadas* por la norma que se desprende de tal disposición.

Situación similar encontramos en el TODA, el cual contempla una declaración en los siguientes términos:

Las Partes Contratantes,
(...)

Reconociendo la necesidad de mantener *un equilibrio* entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la *educación, la investigación y el acceso a la información*, como se refleja en el Convenio de Berna,

¹⁰⁵⁴ Gervais, Daniel J., “Towards a new core international copyright norm: the reverse three step test”, *Marquette intellectual property law review*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 28 a 30.

Propuesta similar, y más detallada, puede encontrarse en Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 1040, pp. 149 y ss.

¹⁰⁵⁵ Incluso, esto ha motivado que exista quienes afirmen que el ADPIC contempla la posibilidad de ponderar. *Cfr.* Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 1028, p. 26.

¹⁰⁵⁶ El a. 31.1 de este acuerdo establece la regla general de interpretación en los siguientes términos: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*” (énfasis añadido).

Esta declaración de los suscriptores del TODA no sólo permite una interpretación flexible de la regla de los tres pasos¹⁰⁵⁷, sino que esa mención expresa del equilibrio debe ser un *criterio de interpretación* de dicho tratado en materia de restricciones al derecho de explotación¹⁰⁵⁸, lo cual es perfectamente válido a la luz de la Convención de Viena¹⁰⁵⁹.

Inclusive, como ejemplo práctico en el mundo jurídico podemos mencionar el a. 40 Bis de la Ley de Propiedad Intelectual española que, como ya vimos, incorpora la regla de los tres pasos, pero prescindiendo del primero de ellos y alterando el orden de los dos últimos, de manera que el texto legal se refiere primero a la afectación injustificada a los intereses de los autores, y luego a la afectación de la explotación normal de la obra. Esto nos demuestra de la rígida lectura que propone la ortodoxia autoralista, no ha sido acatada por algunos legisladores, como el español, que, incluso, han invertido el orden de los pasos.

Por otra parte, impulsando este tipo de relecturas de la regla de los tres pasos, hay un importante documento suscrito por muchos de los más prestigiados autoristas del mundo¹⁰⁶⁰, intitulado *Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor*. Entre varias de las proclamas contenidas en dicha declaración, está la necesidad de interpretar la regla de los tres pasos a la luz de los derechos humanos, el rechazo a la interpretación restrictiva, la aceptación de la técnica de la analogía, la creación judicial de restricciones, y, sobre todo, que la interpretación debe ser equilibrada.

En conclusión: la regla de los tres pasos no tiene por qué considerarse como un obstáculo para la implementación del sistema mixto de restricciones propuesto, siempre y cuando se le interprete de manera que cumpla su objetivo: lograr un equilibrio entre la protección a los autores y los demás intereses iusfundamentalmente protegidos con los que se llegue a contraponer.

6.5.4.- La renuncia contractual a las restricciones.

Otro obstáculo que pudiera surgir para implementar el sistema mixto propuesto, es un fenómeno que ha cobrado auge recientemente, y es la renuncia convencional a las restricciones del derecho de explotación.

Para entender este fenómeno es importante recordar que se ha cambiado el esquema de consumo de obras, pues antes solíamos obtener las creaciones mediante la compra de ejemplares (se adquiría la propiedad del soporte material), pero ahora la Internet está generalizado la adquisición de obras en forma intangible, lo cual se hace a través de un contrato de licencia¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁷ Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 1040, p. 152.

¹⁰⁵⁸ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 145, p. 481.

¹⁰⁵⁹ Su a. 31.2 señala que el preámbulo de un tratado se considera parte de su texto para fines de su interpretación.

¹⁰⁶⁰ Entre otros: Bently, Dreier, Dusollier, Geiger, Griffiths, Hilty, Hugenholtz, Kur, MacQueen, Peukert, Reichman, Rosen, Senftleben, Suthersanen, Torremans, Vivant y Xalabarder.

¹⁰⁶¹ Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 173, p. 47; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, pp. 2 y 3.

En este tenor, nos explica López Maza: “Ahora el equilibrio está en entredicho debido a las tecnologías digitales y a la forma en que se han modificado nuestro modo de acceder a los contenidos protegidos y hacer uso de ellos. El acceso a las obras y prestaciones protegidas se rige cada vez más por contratos, lo que puede tener repercusiones en la aplicación de los límites. En conclusión, con la llegada de las medidas tecnológicas de protección del acceso y control del copiado, se produce un desequilibrio a favor de los titulares de derechos”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 105.

Pues bien, lo que ahora está sucediendo es que los proveedores de contenidos, como condición al acceso a sus obras, están imponiendo a los usuarios cláusulas donde renuncian a beneficiarse de las restricciones al derecho de explotación que la ley les concede (renuncia a la copia privada, al derecho de cita, al uso con fines educativos, etc.)¹⁰⁶². En pocas palabras: se está obligando a pagar por usos que son gratuitos.

Este fenómeno se extiende cada más y ha generado un serio debate, principalmente en foros académicos.

Si bien el sentido común y el jurídico, nos dicen que “el ejercicio de las limitaciones no puede, por definición, depender de consentimiento de los titulares de derechos”¹⁰⁶³, Guibault ha demostrado, en un muy buen estudio, que la validez o no de las renunciaciones contractuales al derecho de explotación dependen, principalmente, de las normas internas y la tradición jurídica de cada país¹⁰⁶⁴.

De ahí que ciertos países, para no dejar lugar a dudas, han legislado para dejar en claro que las restricciones al derecho de explotación no son renunciables. Por ejemplo, la ley portuguesa de transposición de la Directiva de la Sociedad de la Información (Ley 50/04) establece que las restricciones son imperativas, por lo que cualquier renuncia a ellas es nula¹⁰⁶⁵. Otro ejemplo similar, es la nueva ley belga de derechos de autor de 2005¹⁰⁶⁶.

En el caso de México, estimamos que las restricciones al derecho de explotación no son renunciables pues derivan de normas de orden público (como expresamente determina el a. 2º de la LFDA), por lo que no son susceptibles de pacto en contrario.

Además, al aplicarse en estos casos las disposiciones de tutela de los consumidores¹⁰⁶⁷ (incluyendo lo relativo a los contratos de adhesión), pero sobre todo, al ser una cuestión en materia de derechos fundamentales (recordemos que este es el principal fundamento de las restricciones a los derechos de explotación), la renuncia contractual es un recurso bastante endeble¹⁰⁶⁸.

6.5.5.- ¿La inaplicabilidad de los tratados de derechos fundamentales?

Aunque pudiera parecer increíble, comienzan ya a escucharse voces en el sentido de que los tratados en materia de derechos fundamentales que protegen los intereses de los autores (a la par de los intereses en culturales e informativos), no son aplicables en materia de derechos de autor y deben ceder ante la regulación concreta de los derechos intelectuales.

Esta es la postura de Silke Von Lewinski, para quien los tratados sobre derechos de autor prevalecen sobre los convenios de derechos humanos, argumentando una *lex*

¹⁰⁶² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 3; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 110; y Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 102, pp. 17 y 18.

¹⁰⁶³ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

Sobre todo, si partimos de la base de que las restricciones al derecho de explotación encuentran su fundamento en, valga la redundancia, diversos derechos fundamentales. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 993, p. 126.

¹⁰⁶⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 401, p. 291.

Cfr. también Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 8.

¹⁰⁶⁵ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 133, p. 101.

¹⁰⁶⁶ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 993, p. 126.

¹⁰⁶⁷ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 172, p. 66.

¹⁰⁶⁸ “En un entorno totalmente gobernado por los contratos, las partes más débiles pueden quedar perjudicadas y las libertades fundamentales pueden ponerse en peligro. La libertad de contratar puede convertirse en una coerción contractual, especialmente cuando empresas dominantes abusan de su poder de mercado para imponer reglas contractuales a los consumidores con escasos o ningún recurso”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 112.

specialis, derivada de que los segundos son muy generales y ambiguos; por lo que, en su opinión, se debe aplicar lo que digan las normas especiales previstas en las convenciones autorales y dejar a un lado los tratados de derechos humanos¹⁰⁶⁹.

Si bien Von Lewinski es una de las mentes más preclaras y una de las voces más autorizadas en el derecho internacional de la propiedad intelectual, consideramos que incurre en un craso error en materia de técnica jurídica: no está distinguiendo entre principios y reglas.

Efectivamente, como ya señalamos, la *lex specialis* es una técnica para resolver antinomias entre dos *reglas*, más no sirve para resolver colisiones entre una regla y un principio, y eso es precisamente lo que propone Von Lewinski, desaplicar derechos fundamentales (principios) a favor de las normas de derechos de explotación (reglas), lo cual es incorrecto¹⁰⁷⁰.

Ese argumento llevaría a burlar, de la forma más burda, toda clase de derechos fundamentales, pasando por alto su carácter de mandatos de optimización (ordenan que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible). Para más detalles sobre cómo resolver una contradicción entre un principio y una regla, *vid. supra* el apartado 6.4.2 del presente capítulo.

En realidad, como bien dice Wong, la DUDH y el PIDESC son un punto de referencia para resolver los problemas de derechos de autor desde una perspectiva más amplia¹⁰⁷¹. Reiteramos, el derecho intelectual no puede cerrar los ojos ante los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho.

6.5.6.- ¿La prohibición de regresividad?

Hay quien pudiera pensar que la aplicación del principio de proporcionalidad para permitir restricciones al derecho de explotación no previstas expresamente en la ley, podría implicar una medida regresiva, ya que se retrocedería en el alcance de la protección lograda a los intereses materiales de los autores; es decir, se estarían dando pasos atrás en el mandato optimización derivado del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral.

Sin embargo, bien vistas las cosas, esto no es así. En efecto, debemos de recordar que los derechos fundamentales no son absolutos y que los mandatos de optimización exigen que algo se cumpla *en la mayor medida de lo posible*, tomando siempre en

¹⁰⁶⁹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 77, p. 593.

¹⁰⁷⁰ Guastini nos explica que es imposible contraponer reglas y principios contradictorios (*op. cit.*, nota 982, pp. 120 y 121), e incluso, que los criterios tradicionales de solución de antinomias, como la *lex specialis*, no tienen cabida cuando hay un conflicto de principios (*op. cit.*, nota 982, pp. 125 y 126).

En realidad, como ya vimos, los conflictos entre regla y regla se solucionan con la *lex specialis* y demás criterios previamente mencionados (Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Liliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss; Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 127), mientras que las colisiones entre principio y principio se resuelven en la dimensión del peso –aplicando el principio de proporcionalidad y no la *lex specialis*– (Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 603, p. 77; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 602, p. 89; Sieckmann, Jan-R., “Las propiedades lógicas de los principios” [trad. Cecilia Añaños Meza] en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 14).

Pero si lo que tenemos es un conflicto entre un principio y una regla, tampoco aplica la *lex specialis*, sino que se tiene que ver cuál es el principio que da sustento a la regla que conflictúa con el otro principio, y reconducir la colisión al nivel de los principios, es decir, aplicar la máxima de proporcionalidad (*Vid. supra* la notas al pie 1018 a 1020 del presente capítulo).

¹⁰⁷¹ Wong, Mary W.S., “Toward and alternative normative framework for copyright: from private property to human rights”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 26, núm. 3, 2009, p. 808.

cuenta las circunstancias jurídicas que podrían, eventualmente, operar en sentido contrario (*i.e.* otros derechos fundamentales).

En este sentido, el mandato de optimización del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, como ya vimos, puede, en ciertas circunstancias contraponerse con otros mandatos de optimización derivados de otros derechos (como el derecho a la cultura o a la información), de manera que aplicar el principio de proporcionalidad para resolver la colisión de principios, no implica realmente una regresividad, sino una forma de cumplir con los respectivos mandatos de optimización¹⁰⁷².

De hecho, según vimos en el capítulo tercero de la presente investigación, el Comité DESC retoma el principio de proporcionalidad al reconocer que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral debe equilibrarse con los demás derechos fundamentales, así como que las restricciones el primero derecho deben ser proporcionadas¹⁰⁷³. Lo que se reitera cuando dicho comité afirma que se debe lograr “un equilibrio adecuado entre la necesidad de una protección efectiva de los intereses morales y materiales de los autores y las obligaciones de los Estados Partes en relación con los derechos a (...) la educación, así como los derechos a participar en la vida cultural (...), y cualquier otro derecho reconocido”¹⁰⁷⁴.

Incluso, suponiendo sin conceder que aplicar el principio de proporcionalidad al derecho a la protección jurídico-autoral pueda considerarse una medida regresiva, sería una medida tomada “tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles¹⁰⁷⁵ y que esas medidas están debidamente justificadas¹⁰⁷⁶ por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos”¹⁰⁷⁷, es decir, sería una medida adoptada previa aprobación del principio de proporcionalidad (lo que la hace jurídicamente aceptable).

De ahí que no pueda decirse que la prohibición de regresividad impida equilibrar los derechos fundamentales de los autores con otros derechos, siempre y cuando tal armonización se haga en los términos señalados en el PIDESC (y en nuestra Constitución), es decir, aplicando el principio de proporcionalidad, pues este último garantiza que cualquier afectación a un derecho sea tan sólo la mínima requerida y no sea arbitraria.

6.6.- *Epílogo: hacia un tratado en materia de restricciones y hacia la consolidación de la visión humanista de los derechos de autor.*

Como observamos en los apartados previos, nuestra propuesta sobre aplicar un sistema mixto de restricciones basado en el principio de proporcionalidad, aunque encuentra algunos obstáculos, sale bien parada porque ninguno de ellos es insuperable.

Inclusive, el obstáculo más serio (la regla de los tres pasos) puede salvarse a través de la vía interpretativa. No obstante, en estos momentos se está abriendo un foro internacional propicio para discutir y analizar la cuestión: la agenda de desarrollo de la OMPI.

Ante los innegables desequilibrios que se han dado en las políticas de propiedad intelectual, en el año 2004 Argentina y Brasil promovieron, en la Asamblea General de

¹⁰⁷² Recuérdese lo explicado por Alexy en el sentido de que es, precisamente, el principio de proporcionalidad el que determina qué debe entenderse por “optimización”. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 602, p. 297.

¹⁰⁷³ Observación general 17, párrafos 22 y 23.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 39, inciso e)

¹⁰⁷⁵ Esta es una referencia al subprincipio de necesidad.

¹⁰⁷⁶ Es decir, una ponderación.

¹⁰⁷⁷ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 27.

la OMPI, una agenda o programa para que los países en desarrollo no resintieran tantos perjuicios, y para que la propiedad intelectual les permita continuar su desarrollo. Después de muchas discusiones y propuestas, en 2007 la Asamblea General de la OMPI adoptó 45 recomendaciones en el marco de un *Programa para el desarrollo* y creó el Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual¹⁰⁷⁸.

De acuerdo con Netanel, la agenda para el desarrollo de la OMPI implica un reconocimiento de los efectos negativos que puede traer una protección muy fuerte a la propiedad intelectual, y la importancia que ese organismo está dando al equilibrio, la flexibilidad y la trascendencia del dominio público¹⁰⁷⁹.

Así las cosas, dentro de las 45 recomendaciones elaboradas por la Asamblea General de la OMPI, destacan varias encaminadas al tema de las restricciones al derecho de explotación, por ejemplo: que las actividades normativas deben “tomar en consideración el equilibrio entre los costos y los beneficios” (recomendación 15), “tener en cuenta las flexibilidades establecidas en los acuerdos de P.I. internacionales, especialmente aquellas que afectan a los países en desarrollo” (recomendación 17), “emprender los debates sobre cómo facilitar aún más a los países en desarrollo y los PMA el acceso a la información” (recomendación 19), que la OMPI aborde en sus documentos “las posibles flexibilidades, excepciones y limitaciones de los Estados miembros” en materia de propiedad intelectual (recomendación 22), considerar “la observancia de los derechos de propiedad intelectual desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad” (recomendación 45), etc.

De ahí que la agenda del desarrollo de OMPI sea considerada un espacio adecuado para discutir a profundidad la interacción entre propiedad intelectual y derechos fundamentales¹⁰⁸⁰, tema al que hemos enfocado esta investigación. De hecho, como parte de esa agenda, está la creación de un tratado internacional en materia de restricciones al derecho de explotación¹⁰⁸¹.

En efecto, en el año 2008, dentro del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, la delegación chilena propuso la creación de un tratado en restricciones al derecho de explotación, moción que recibió un apoyo considerable (aunque fue vista con recelo por algunos países desarrollados)¹⁰⁸².

Actualmente, los trabajos del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos se han enfocado a que ese tratado se centre en las restricciones relativas a los invidentes, a la educación y a los archivos. Si bien esto es positivo, todavía hay tiempo para ampliar los alcances de ese proyecto de convenio, y ver el tema de las restricciones desde una perspectiva más general, por ejemplo, aprovechando el momento para evaluar y, en su caso, afinar la regla de los tres pasos.

Por otro lado, la agenda del desarrollo de OMPI, en tanto foro para discutir la propiedad intelectual y su relación con los derechos fundamentales, puede servir para reafirmar la vocación humanista de los derechos de autor y para encauzar políticas que tomen en serio los derechos de los creadores.

¹⁰⁷⁸ Netanel, Neil Weinstock, “Introduction: the WIPO development agenda and its development policy context” en Netanel, Neil Weinstock, (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 2, 4 y 6; y Sandoval Avella, María Paula, “Agenda para el desarrollo de la OMPI (primera parte)”, *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 12, 2008, p. 4.

¹⁰⁷⁹ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 1078, p. 2.

¹⁰⁸⁰ Wong, Mary W.S., *op. cit.*, nota 1071, p. 820.

¹⁰⁸¹ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 145, p. 474.

¹⁰⁸² *Idem.*

Por ejemplo, Monroy Rodríguez nos sintetiza la siguiente crítica (que ya hemos referido en varias ocasiones en la presente investigación):

Se suele cuestionar también que el régimen del derecho de autor no favorece al creador sino a terceras personas (productores, editores) quienes les imponen un esquema de contratación que los despoja de sus derechos de explotación. (...). La ley de derecho de autor, al regular los contratos en sus distintas modalidades, está llamada a procurar condiciones equitativas de contratación, disposiciones de orden público que no pueden ser modificadas por las partes, los legisladores debería procurar las condiciones de equilibrio en una relación contractual en donde el creador es el extremo débil¹⁰⁸³.

Mientras que Geiger indica que la constitucionalización de la propiedad intelectual, y concretamente, un enfoque de derechos fundamentales, debe llevar a los autores a un mejor aprovechamiento de los resultados de la explotación de sus obras, lo cual puede lograrse, por ejemplo, con reglas imperativas en materia de contratación¹⁰⁸⁴.

Así, la agenda del desarrollo de OMPI puede servir para discutir algunas de las políticas a seguirse para cumplir con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, en particular para que las leyes nacionales estén enfocadas a proteger, precisamente, a los autores. Esto, toda vez que ese derecho fundamental exige que la protección sea, en primer término y sin ser desplazado, para el autor, y sólo de manera secundaria y subsidiaria para favorecer los intereses comerciales¹⁰⁸⁵. En este sentido, los contratos en materia de derechos de autor se perfilan como otro de los grandes temas de convergencia entre derechos de autor y derechos fundamentales.

El mundo vive hoy una encrucijada en donde la visión humanista de los derechos de autor (basada en el neoconstitucionalismo) y el respeto a los derechos fundamentales, pueden ser el motor para lograr los fines del mayor acceso a la cultura y la mayor protección a los creadores de esa cultura. De nosotros depende tomarnos en serio todos los derechos y aprovechar la oportunidad.

¹⁰⁸³ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 150, p. 242.

¹⁰⁸⁴ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 993, pp. 130 y 131.

¹⁰⁸⁵ D'Agostino observa que siguen siendo muy comunes los abusos a los autores por parte de las industrias del entretenimiento, por lo que recomienda una mayor intervención legal, en especial "clear copyright contract laws such as a pro-author default rule and other provisions on use, scope, duration and equitable remuneration for author's contracts. The point is that solutions need to work both through copyright law and outside it". D'Agostino, Giuseppina, *Copyright, contracts, creators. New media, new rules*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 289.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PRIMERA.- El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho de avanzada (además de ser un método y una ideología), estrechamente vinculada con el desarrollo del derecho constitucional en los últimos sesenta años, y que plantea una nueva forma de entender el derecho, superando el estado legalista del derecho (y su legicentrismo) para dar lugar al estado constitucional de derecho. Esta corriente de pensamiento es la que más influencia ha tenido en América Latina en los últimos años.

SEGUNDA.- En el estado constitucional de derecho, la Constitución tiene una función normativa que alcanza todos los ámbitos de la actividad jurídica, dando particular énfasis a la función judicial (como salvaguarda de los valores y objetivos constitucionales), la que se caracteriza por una renovada trascendencia de la interpretación jurídica y la aplicación de nuevas técnicas, como la ponderación.

TERCERA.- Los derechos fundamentales se identifican con lo que nuestra Constitución y doctrina tradicionalmente han llamado “garantías individuales”. Aunque hay varias definiciones sobre el particular, los derechos fundamentales se pueden caracterizar como derechos de la más alta jerarquía, estrechamente vinculados a la dignidad humana, constituyen un coto vedado (no se puede decidir que no se protejan, ni siquiera por mayorías electas), son una “ley del más débil”, se caracterizan –entre otras cosas– por ser universales e indisponibles, y ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible (por lo que, generalmente, derivan de normas jurídicas estructuradas como principios).

CUARTA.- Actualmente, la teoría jurídica clasifica a las normas jurídicas en reglas y principios. Las reglas son mandatos definitivos, pues son de aplicación todo o nada (se cumplen o no se cumplen), por lo que su forma tradicional de aplicación es la subsunción, y los conflictos entre estas normas se resuelven acudiendo, principalmente, los siguientes criterios: *lex specialis*, *lex superior* y *lex anterior*. En cambio, los principios son mandatos *prima facie* (mandatos de optimización) que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, y cuando colisionan se debe resolver el problema en la dimensión del peso (un principio desplazará al otro en el caso concreto, pero sin quitarle validez) utilizando el principio de proporcionalidad (que incluye la ponderación).

QUINTA.- El principio de proporcionalidad es la herramienta más utilizada por los tribunales para resolver las colisiones entre principios (incluso los relativos a los derechos fundamentales). Esta técnica garantiza la corrección formal del razonamiento jurídico, transparenta los procesos decisorios y sirve para encontrar soluciones equilibradas. Consiste en un examen escalonado en tres etapas conocidas como idoneidad, necesidad y ponderación (proporcionalidad en sentido estricto), donde se analizan los fines y los medios del acto de autoridad, así como el peso concreto de los principios contendientes.

SEXTA.- Luego de ciertos antecedentes aislados, los tribunales mexicanos han adoptado el principio de proporcionalidad (en su formulación estándar), e incluso, el Pleno de la SCJN, mediante una jurisprudencia, lo ha convertido en una técnica jurídica de aplicación obligatoria.

SÉPTIMA.- Los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que, en muchos casos, será necesario restringirlos cuando la realización de otros valores o derechos constitucionales así lo exija. Las restricciones limitan el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales (teoría externa), lo cual se hace a través del principio de proporcionalidad y siempre con fundamento último en normas constitucionales. Sin embargo, los derechos fundamentales no pueden restringirse al grado de afectar su contenido esencial y hacerlos nugatorios. Nuestros tribunales ya se han pronunciado varias veces sobre esta garantía del contenido esencial.

OCTAVA.- El *análisis constitucional de la propiedad intelectual* es una nueva forma de estudiar y aplicar las normas del derecho intelectual, que se caracteriza, principalmente, por las siguientes directrices: (1) considerar la Constitución como la norma suprema del país y coordinadora de todo el orden jurídico; (2) considerar la Constitución como la expresión de los valores que deben conseguirse en la sociedad; (3) considerar la protección a los autores como un valor establecido en la Constitución; (4) la propiedad intelectual debe ser considerada un instrumento para la consecución de otros valores constitucionales; (5) analizar las normas de propiedad intelectual desde la óptica constitucional y, por consiguiente, interpretar las normas de propiedad intelectual desde la Constitución; (6) analizar las normas de propiedad intelectual con base en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y, por ende, interpretar las normas de la propiedad intelectual de conformidad con dichos instrumentos; (7) aceptar las soluciones a los problemas de propiedad intelectual que sean más acordes con la Constitución y con los otros instrumentos internacionales de derechos fundamentales; entre otras.

CAPÍTULO SEGUNDO LOS DERECHOS DE AUTOR

NOVENA.- Aunque con ciertos antecedentes, los derechos de autor en su versión moderna nacieron en el s. XVIII, como un instrumento contrario a la censura gubernamental. Si bien sus orígenes se dieron en un sistema de *common law*, la Europa continental les atribuyó un perfil muy particular, de corte humanista, en donde hay una especial preocupación por la dignidad de los autores (tanto en el ámbito material, como en el espiritual). Particularmente, para la construcción de esta concepción humanista, destacaron las aportaciones de pensadores como Cicerón, Defoe, Lessing, Fichte, Morillot, pero destacan: Milton, Víctor Hugo, Kant, Locke y Hegel. Sin embargo, por influencia estadounidense, a finales del s. XX se le puso un acento más mercantil a la materia autoral (sobre todo, con el ADPIC y el TLCAN).

DÉCIMA.- En la actualidad subsisten dos grandes corrientes mundiales en materia autoral: el *copyright* y el *droit d'auteur*; en la primera prevalece una visión utilitarista, en la segunda una más humanista (de “derecho natural”, se suele decir con cierta imprecisión). Y aunque ambas corrientes se han influenciado mutuamente, todavía es válido hacer tal distinción. México se encuentra en la segunda corriente (en tanto el

autor sigue siendo el centro de protección), aunque ha recibido ciertas influencias de la primera.

UNDÉCIMA.- El objeto de los derechos de autor es la obra, cuyos únicos requisitos de protección en México son la originalidad y la fijación, siendo irrelevantes el registro, el destino de la creación, su mérito, su forma de expresión, etc. La protección a las obras no alcanza su contenido, es decir, la información (incluyendo ideas) que se incorporan a ella, por lo que esto es una medida que hace que al derecho a la información sea altamente compatible con los derechos de autor.

DUODÉCIMA.- El sujeto de los derechos de autor, en los sistemas jurídicos neorromanos, es el autor (persona física que ha creado la obra), cuyos intereses materiales y morales son la mayor preocupación de las leyes autorales. Sin embargo, en los recientes debates (influenciados por el utilitarismo propio del *copyright*), se ha olvidado mucho la figura del autor y sus intereses, ignorando o minimizando los postulados humanistas de la materia.

DECIMATERCERA.- El contenido de los derechos de autor son los derechos morales, los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración. Los derechos morales protegen la personalidad del autor a través de su obra, lo que nos demuestra la importancia de la protección a los intereses espirituales de los creadores. Por su parte, los derechos de remuneración permiten, principalmente a los autores, cobrar ciertas cantidades de dinero derivadas de los usos de las obras (por ejemplo, el *droit de suite* o el derecho de regalías por comunicación pública); con el fin de garantizar los intereses materiales de los autores, estos derechos suelen caracterizarse como irrenunciables e intransmisibles entre vivos. Por lo tanto, los derechos morales y los derechos de remuneración demuestran plenamente la visión humanista de los derechos de autor.

DECIMACUARTA.- Por lo que hace a los derechos de explotación, estos son facultades exclusivas que permiten controlar, como regla general, todas las utilidades públicas de las obras (incluyendo su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación), sin importar o no la finalidad lucrativa de esos usos. Su principal objetivo es generarles ingresos económicos a los autores, por lo que se les reconoce una función alimentaria (similar a los salarios), que en el caso de México lleva a considerarlos derechos inembargables y no pignorables, así como a impedir la transmisión de su titularidad (*ius abutendi*) por actos entre vivos. Esto también nos demuestra la visión humanista de los derechos de autor en sede de derechos de explotación.

DECIMAQUINTA.- Si bien los derechos de explotación pueden beneficiar derivativamente a otras personas (incluso a sociedades mercantiles), el legislador mexicano no se olvida de la protección al autor y, siguiendo el ejemplo de otros países (como Francia, Austria, pero principalmente Alemania y España), ha creado un sistema contractual tuitivo del autor, contemplando reglas como la onerosidad, la temporalidad, la formalidad escrita, la presunción de no exclusividad, la interpretación restrictiva de los contratos, las particularidades de la obra futura, etc. Asimismo, la regla de titularidad originaria de los derechos de explotación no admite casos de excepción (ni siquiera en materia de obra por encargo o bajo relación laboral). Esto igualmente nos reitera la visión humanista de los derechos de autor, en la que el centro de protección es el creador, no el empresario.

CAPÍTULO TERCERO

¿LOS DERECHOS DE AUTOR SON DERECHOS FUNDAMENTALES?

DECIMASEXTA.- La relación entre los derechos fundamentales y el derecho intelectual es un tema que al que tradicionalmente no se le había puesto atención, pero que hoy en día está cobrando mucha importancia. Para explicar este fenómeno hay dos tipos de posturas: el *modelo de conflicto* (la propiedad intelectual es incompatible con los derechos fundamentales, por lo que tal conflicto ha de resolverse reconociendo la primacía normativa de los segundos) y el *modelo de compatibilidad* (la propiedad intelectual y los derechos fundamentales guardan una relación de compatibilidad, aunque puede haber discrepancias en algunos puntos).

DECIMASÉPTIMA.- En diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, desde declaraciones (DUDH y Declaración de Bogotá) pasando por tratados (PIDESC y Protocolo de San Salvador), se ha consagrado el “derecho de toda persona a beneficiarse de lo intereses morales y materiales sobre las creaciones de las que sea autora”. Esto se traduce en un derecho fundamental (poco estudiado y conocido, a que llamamos derecho fundamental a la protección jurídico-autoral), que es obligatorio y que tiene la pretensión fundada de considerarse parte del *ius cogens* internacional.

DECIMAOCTAVA.- A la par del derecho internacional en materia de derechos humanos, hay una creciente tendencia a incluir expresamente la protección de los autores como una cláusula constitucional, y los países que no lo hacen de manera expresa han llegado a desprender tal protección de su Constitución mediante la interpretación de los tribunales. Así, en mayor o menor medida, se puede encontrar alguna tutela constitucional a los derechos de autor. Inclusive, muchas cartas magnas mencionan expresamente al *autor* (y no a empresas u otras entidades o personas) como los sujetos de protección constitucional en la materia (como es el caso de México), lo que nos reafirma la tradición humanista de la que hemos venido hablando.

DECIMANOVENA.- Existe un sector muy importante en la doctrina que considera que los derechos de autor son derechos fundamentales, aunque la mayoría se limita a citar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sin dar mayor explicación. Algunos otros (los menos) sí dan argumentos de fondo para sustentar esta postura (basándose, principalmente, en la dignidad de los autores y en el vínculo entre el creador y su obra). Estimamos erradas estas posturas por confundir los derechos de autor con el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral.

VIGÉSIMA.- A inicios del s. XXI, diversos organismos internacionales comenzaron a analizar la interacción entre derechos fundamentales y derechos de autor, y aunque algunos se inclinaron por el modelo de conflicto (por ejemplo, la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU en sus resoluciones 2000/7 y 2001/21), la mayoría ha adoptado el modelo de compatibilidad (por ejemplo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe “Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio”; y el Comité DESC en su declaración “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”).

VIGESIMAPRIMERA.- El análisis más profundo (y trascendente) del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, lo realizó el Comité DESC en su observación general núm. 17 de 2005. En este documento, se explica que el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral es diferente a los derechos de autor (aunque estos últimos son la forma más común –y válida– de implementar ese derecho humano); que tal derecho protege los intereses materiales de los autores (individuos y comunidades creadoras de obras, no empresas); que los intereses materiales protegidos son el requisito para un nivel digno de vida para los autores, lo cual puede implementarse otorgándoles derechos de explotación, derechos de remuneración o cualquier otra medida efectiva (como becas, pensiones, despensas, etc.), por lo que las leyes de derechos de autor han sido la forma más común con la que los estados cumplen con el referido derecho humano; que hay un reforzamiento y limitación recíproca con otros derechos fundamentales (como el derecho a la información o el derecho a la cultura) y por tanto debe encontrarse un equilibrio y convivencia armónica; asimismo, las restricciones al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral deben aprobar el requisito de proporcionalidad. Esta observación general adopta el modelo de compatibilidad y evidencia un enfoque humanista de la propiedad intelectual, pues pone especial acento en la dignidad del creador y en los vínculos entre el autor y su obra (sin olvidar otros derechos fundamentales).

VIGESIMASEGUNDA.- El derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, como todo derecho fundamental, es un mandato de optimización que exige que los intereses materiales de los autores se protejan *en la mayor medida de la posible* (según las posibilidades jurídicas –otros derechos con los que pueda colisionar– y fácticas); pertenece a la esfera de lo indecible (no se puede decidir que no se proteja económicamente a los autores); y sólo puede ser restringido cuando colisione con otro derecho fundamental o bien constitucional, previo examen de proporcionalidad y sin atentar nunca contra su contenido esencial. Por lo tanto, es más acertado el modelo de compatibilidad que el de conflicto.

VIGESIMATERCERA.- El derecho fundamental a la protección jurídico-autoral es diferente a los derechos de explotación (que son un tipo de derechos de autor), pues el primero es universal (pertenece a todo ser humano) mientras que los segundos son singulares (sólo pertenecen a cierta clase de personas); el primero es indisponible, los segundos sólo son parcialmente disponibles (al menos en México); el primero forma parte de la esfera de lo indecible, mientras que, respecto de los segundos, los estados pueden válidamente decidir que no existan (al menos desde la óptica iusfundamental) y proteger a los autores a través de derechos de remuneración u otro tipo de pagos; el primero es necesario, los segundos contingentes; el primero está regulado básicamente a través de principios, los segundos se encuentran, sobre todo, en reglas.

VIGESIMACUARTA.- Sin embargo, los derechos explotación encuentran su fundamento primero e inmediato en el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral, es decir, existen con el propósito de proteger los intereses materiales de los autores, implementando así las obligaciones iusfundamentales del Estado. Por ende, aunque no es plausible concluir que los derechos de explotación son derechos fundamentales, hay un vínculo innegable entre unos y otros.

CAPÍTULO CUARTO

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

VIGESIMAQUINTA.- Los derechos de explotación no son absolutos, sino que es necesario limitarlos. Un límite es un obstáculo a la discrecionalidad en el control de una obra, y puede ser: una limitación impropia (opera en las relaciones autor-empresario) o una limitación propias (se refiere a la configuración jurídica del derecho de explotación). Las limitaciones propias, a su vez, se clasifican en: límites inherentes (el alcance *prima facie* del derecho de explotación) y restricciones (una norma reduce el ámbito *prima facie* del derecho de explotación).

VIGESIMASEXTA.- La restricción al derecho de explotación es una figura consistente en que, a pesar de que cierto uso de una obra se encuentre dentro del ámbito de protección del *ius prohibendi*, el sistema jurídico crea una situación que faculta al público para realizar ese uso sin pedir autorización (merma el derecho de explotación). Estas restricciones pueden ser: simples (si no hay pago de por medio) o acompañadas de un derecho de remuneración (cuando se debe pagar algo; a esto se le suele llamar “licencias legales”).

VIGESIMASÉPTIMA.- No hay consenso, ni en la doctrina ni en las leyes, sobre cómo bautizar esta figura, a la que se le suele llamar “uso libres y gratuitos”, “excepciones”, “limitaciones”, “restricciones”, etc. Lo más adecuado es utilizar la expresión “restricción”, pues el verdadero *quid* del asunto es optar entre la expresión “límite” y la expresión “restricción”, siendo mejor esta última, pues es la que deriva de la teoría externa de las restricciones a los derechos subjetivos, por lo que nos ilustra mejor el funcionamiento de la figura en estudio (derecho *prima facie* – restricción – derecho restringido) y lo hace más coherente.

VIGESIMAOCTAVA.- Entre las justificaciones más comunes que se han dado a la figura de las restricciones a los derechos de explotación (y a los límites en general) están las fallas del mercado, la difusión del conocimiento, las prácticas industriales y la regulación de la competencia. Pero la justificación más plausible que se ha dado es la protección de los derechos fundamentales.

VIGESIMANOVENA.- Existen dos grandes tendencias o sistemas de regulación de las restricciones a los derechos de explotación: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos. Los primeros son propios de los países neorromanistas, los segundos pertenecen a la corriente del *copyright*. En los sistemas cerrados, los legisladores establecen listas limitativas de restricciones; su principal ventaja es la seguridad jurídica, su principal desventaja es la desactualización e injusticias que pueden generar. En los sistemas abiertos, no hay listados cerrados y los jueces pueden valorar los casos según sus méritos; su principal ventaja es la flexibilidad, su principal desventaja es cierto grado de imprevisibilidad.

TRIGÉSIMA.- A nivel internacional se ha estandarizado la prueba o regla de los tres pasos, misma que nos dice que los estados sólo pueden restringir los derechos de explotación en ciertos casos especiales, sin afectar la normal explotación de la obra y sin causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (o del titular de derechos). Algunos países han incorporado esa regla a su legislación interna, casi

siempre en forma parcial. En materia de derechos de autor, esta regla es obligatoria para México por virtud del Convenio de Berna, el TLCAN, el ADPIC y el TODA.

TRIGESIMAPRIMERA.- Aunque la postura mayoritaria de la doctrina sobre la interpretación de la regla de los tres pasos sostiene que se trata de un examen escalonado y progresivo, no hay acuerdo sobre qué significado y alcance debe atribuirse a cada uno de los tres pasos. La única interpretación orgánica realizada a nivel internacional de esta regla en sede de derechos de autor (hecha por la OMC), ha generado críticas y muestra varios errores, amén de no ser obligatoria. En el ámbito nacional, las interpretaciones orgánicas realizadas por los tribunales de algunos países, ha dejado resultados muy contrastantes.

TRIGESIMASEGUNDA.- En los países de la corriente del *droit d'auteur* se consolidó, durante el s. XX, la doctrina clásica o estándar sobre las restricciones a los derechos de explotación, cuyos postulados básicos son: (1) sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación; (2) las restricciones están sujetas a *numerus clausus*; (3) las restricciones deben interpretarse de forma restrictiva (no admiten aplicación analógica); (4) el derecho moral queda intocado; y (5) no se aplican a otras facultades y modalidades de explotación. Estos postulados, fuertemente influenciados por el legicentrismo, tienen como principal propósito salvaguardar los intereses de los autores y otros titulares de derechos.

TRIGESIMATERCERA.- Nuestra LFDA contempla un catálogo con varias de las restricciones al derecho de explotación más comunes (derecho de cita, copia privada, utilidades en procedimientos judiciales o administrativos, etc.). Un análisis de su a. 148 revela (además de una descuidada técnica legislativa, común en toda esa ley) que su redactor de la LFDA tuvo muy presente la doctrina clásica de las restricciones y la regla de los tres pasos (aunque no comprendió muy bien esta última).

TRIGESIMACUARTA.- El estudio de la LFDA también revela que el legislador omitió otras restricciones muy comunes y fuertemente justificadas en derechos fundamentales, como la parodia, el uso por parte de invidentes o los usos con fines didácticos. Y si, con base a la ortodoxia del derecho autoral, no tomamos en cuenta esas figuras por no estar formuladas expresamente por el legislador, salta a la vista la severa laguna que presenta la doctrina clásica y los sistemas cerrados, así como las serias injusticias (y violaciones a derechos fundamentales) que puede ocasionar.

TRIGESIMAQUINTA.- En cambio, en los sistemas de *copyright* las omisiones legislativas no repercuten en forma tan negativa en materia de derechos fundamentales, pues gracias a cláusulas como el *fair use* y, en menor medida, el *fair dealing* y la *public policy*, los jueces tienen suficiente flexibilidad para tomar en cuenta todas las particularidades del caso y alcanzar soluciones equilibradas.

TRIGESIMASEXTA.- Las restricciones al derecho de explotación se encuentran fundamentadas, principalmente, en los siguientes derechos fundamentales: derecho a la información (versión moderna de la libertad de expresión), derecho a la cultura y derecho a la educación. Sin embargo, los derechos de explotación también pueden llegar a contraponerse con la propia imagen, la intimidad, el honor, la propiedad, la libre competencia y los intereses de los consumidores.

TRIGESIMASÉPTIMA.- El derecho a la información tiene una relación paradójica con los derechos de autor, pues los segundos funcionan como incentivos del primero (impulsan la creación y difusión de expresiones originales, fomentan voces independientes y críticas, simbolizan valores democráticos, y permiten la autorrealización), pero también llegan a generarle algunas cargas a ese derecho fundamental (pueden ser utilizados con fines de censura privada, aumentan los costos para emitir ciertos mensajes, y facilitan más el derecho a la información de los consorcios mediáticos, y no tanto de los ciudadanos en general). Sin embargo, los incentivos que le generan los derechos autorales a este derecho fundamental, son de mayor peso que sus cargas. Las relaciones entre los derechos de autor y los derechos a la cultura y a la educación son también paradójicas.

TRIGESIMAOCTAVA.- Con el fin de atenuar las cargas que los derechos de explotación le generan a algunos derechos fundamentales, las leyes autorales han creado una serie de salvaguardas o “válvulas de escape”, entre las que destacan dicotomía “expresión/contenido”, el agotamiento de la facultad de distribución, la temporalidad del derecho de explotación (aunada a la figura del dominio público) y las restricciones al derecho de explotación. Estas figuras son útiles y nos resuelven muchos casos de conflicto, sin embargo han resultado ser insuficientes en la forma en que se regulan actualmente.

CAPÍTULO QUINTO

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN: PROBLEMÁTICA ACTUAL Y NUEVOS PARADIGMAS

TRIGESIMANOVENA.- El advenimiento de Internet ha generado un serio reto en materia de derechos de autor, mismo que no puede dejarse de lado, pues está demostrado que esa red sí puede (y debe) regularse jurídicamente, y sobre todo, porque el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral impone a los estados el deber de proteger los intereses materiales de los autores, incluso en Internet.

CUADRAGÉSIMA.- En el ámbito internacional, la respuesta a esta problemática se plasmó en el TODA, instrumento que llegó a un resultado equilibrado (en parte porque la comunidad internacional se opuso a las pretensiones estadounidenses). Se acordó que la transmisión de obras por Internet constituye un acto de “puesta a disposición”, que las restricciones estarían controladas por la regla de los tres pasos (permitiendo la creación de nuevas restricciones para el ámbito digital e, incluso, la aplicación de restricciones tradicionales), así como se pactó una regulación mínima de las medidas tecnológicas de protección. No hubo acuerdo sobre la facultad de reproducción, sobretodo en cuanto a su aplicación a las reproducciones temporales o transitorias.

CUADRAGESIMAPRIMERA.- En el ámbito nacional, las principales respuestas sobre los retos de Internet a los derechos de autor han provenido de los EUA y de los países de la Europa comunitaria. Estas respuestas se caracterizan por una fuerte influencia de las doctrinas neoclásicas (neoliberales o maximalistas) de los derechos de autor, que dan poca importancia a la figura del autor y a los usuarios de las obras (y soslayan el tema de los derechos fundamentales), e implantan soluciones favorables a las industrias culturales.

CUADRAGESIMASEGUNDA.- Estas políticas neoclásicas se caracterizan por propiciar el licenciamiento de prácticamente cualquier contenido en Internet (y reforzar este control con las medidas tecnológicas de protección) y abolir o minimizar las restricciones a los derechos de explotación (pues según tal postura la contratación electrónica y las medidas tecnológicas reducen los costos de transacción, lo que supuestamente deja sin fundamento a las restricciones).

CUADRAGESIMATERCERA.- Lo anterior, aunado a la tendencia de aumentar la duración de los derechos de explotación, ha fortalecido la posición de las industrias culturales en detrimento de los usuarios de obras y de sus derechos fundamentales.

CUADRAGESIMACUARTA.- En México, nuestra LFDA da respuesta a la problemática de Internet mediante las facultades de reproducción (incluyendo las reproducciones temporales) y de comunicación pública, aunque no se implementaron a cabalidad las obligaciones internacionales en materia de medidas tecnológicas de protección, ni se legisló sobre las restricciones al derecho de explotación en Internet. Y aunque en nuestro país el aumento en la duración del derecho de explotación ha sido descomunal, esto no se debe a una política de impulso a las industrias culturales, sino a las presiones de los autores musicales.

CUADRAGESIMAQUINTA.- El crecimiento de los derechos de explotación y el fortalecimiento de las industrias culturales ha generado la antipatía de ciertos sectores hacia los derechos de autores, llevando a una extrema polarización del debate (que ha sido planteada, incluso, en términos de una confrontación bélica) y a posturas que buscan solucionar el problema con propuestas como la desaparición o la minimización de los derechos de autor, la utilización de los contratos autorales para diluir la protección, y el establecimiento de sistemas basados en derechos de remuneración.

CUADRAGESIMASEXTA.- Las principales propuestas de los críticos no son aceptables para solucionar el problema, pues no se puede promover la defensa de ciertos derechos fundamentales, atacando los derechos fundamentales de los autores. En particular, la mayor parte de estas propuestas son contrarias al derecho fundamental a la protección jurídico-autoral y acusan un marcado anglocentrismo (basado en concepciones utilitarias en la materia, y olvidando o menospreciando la *ratio* humanista que rige en la mayor parte de países). La única propuesta iusfundamentalmente aceptable es el establecimiento de un sistema de derechos de remuneración, pero es inviable desde un punto de vista práctico pues requeriría desarticular un complejo entramado internacional (y en muchos casos, constitucional).

CUADRAGESIMASÉPTIMA.- En nuestra opinión, la respuesta al problema pasa por el mejoramiento de la figura de las restricciones al derecho de explotación, pues esto es respetuoso, a mismo tiempo y en la mayor medida de lo posible, tanto del derecho fundamental a la protección jurídico-autoral como del resto de derechos fundamentales involucrados. Además es prácticamente viable, pues no requiere desmontar el entramado jurídico ya existe, y puede implementarse, incluso, sin necesidad de reformas legislativas.

CUADRAGESIMAOCTAVA.- El mejoramiento de la figura de las restricciones al derecho de explotación en México pasa por migrar de un sistema cerrado a un sistema mixto, donde, a la par de las restricciones formuladas legislativamente, la autoridad

jurisdiccional tenga flexibilidad suficiente para sopesar los derechos fundamentales involucrados en caso de que el catálogo legal sea insuficiente.

CUADRAGESIMANOVENA.- Lo anterior puede lograrse mediante la aplicación directa del principio de proporcionalidad por la autoridad jurisdiccional (o mediante la adición de una cláusula abierta en la ley que sustente la aplicación de ese principio), para que pueda ponderar, en el caso concreto, el derecho fundamental a la protección jurídico-autoral con los otros derechos fundamentales, cuando el asunto no fue objeto de una ponderación legislativa previa.

QUINCUAGÉSIMA.- Aunque se pueden plantear diversas objeciones a esta propuesta, la misma sale bien librada por estar plenamente apoyada en los derechos fundamentales y en el fenómeno de la constitucionalización del derecho (que, desde luego, alcanza al derecho autoral).

CONCLUSIÓN GENERAL

Llegó el momento de superar las posturas extremas en materia de derechos de autor, de ya no ver el problema en blanco o negro; una solución aceptable en la materia requiere alejarse posturas maniqueas y aportar respuestas equilibradas. Es momento de tomar en serio a los autores y los derechos fundamentales que los protegen, lo cual debe hacerse sin dejar de tomar en serio otros derechos fundamentales, como el derecho a la información o el derecho a la cultura. La presente investigación pretende demostrar que el mejoramiento del sistema de restricciones al derecho de explotación, basado en las tesis neoconstitucionalistas y en el principio de proporcionalidad, es una solución viable y equilibrada. Con esto llegaremos a una nueva etapa en la historia de los derechos de autor.

FUENTES

A. BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2a. ed., Trotta, 2004.
- , —————, y AÑÓN, María José (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, 2a. ed., Porrúa, 1993.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén Enrique, y ORTEGA GOMERO, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010.
- AICHER, William F., *Starving the artist. How the Internet culture of “free” threatens to exterminate the creative class, and what can be done to save it*, EUA, CreateSpace, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006.
- ALLFELD, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho de inventor*, trad. Ernesto Volkening, Bogotá, Temis, 1999.
- ALMQVIST, Jessica, *Human rights, culture and the rule of law*, Portland, Hart Publishing, 2005.
- ALTIERI, Angelo, “Qué es la cultura” en VV.AA., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, México, Cajica, 2002, vol. I.
- ÁLVAREZ, Belén, GABEIRAS, Patricia, y MUÑOZ, Emma, “Protección de los contenidos en Internet: desde la *web TV* a la publicación de libros *on-line*” en CREMADES, Javier, Fernández-Ordóñez, Miguel Ángel, e Illescas, Rafael (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007.
- , *Derecho de autor*, Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, t. I.
- ARAIZA HERNÁNDEZ, Alma, “La propiedad intelectual: un derecho humano” en VV.AA., *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- ARE, Mario, *L’oggetto del diritto di autore*, Milán, Giuffrè, 1963.
- ARISTÓTELES, *Política*, (libro I, capítulo I), trad. Patricio Azcárate, <http://www.cervantesvirtual.com>, marzo de 2008.
- ARROYO, Antonio M., y PRAT, Margarita, *40 casos de ética empresarial*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2004.
- ASTUDILLO URSÚA, Pedro, *Elementos de teoría económica (para los estudiantes de derecho)*, México, 2a. ed., Porrúa, 1994.

- ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IIJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. VI.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 1a. reimp., IIJ-UNAM, 2004.
- , y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 2a. ed., Ariel, 2004.
- , y —————, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.
- AUST, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Nueva York, 2a. ed., Cambridge University Press, 2007.
- ÁVILA, Humberto, *Theory of legal principles*, Países Bajos, Springer, 2007.
- ÁVILA ORTIZ, Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Miguel Ángel Porrúa / UNAM, 2000.
- AYALA CORAO, Carlos, "El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos" en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 1999.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, México, 2a. ed., UIA / Fundación Manuel Buendía, 1998.
- BACIGALUPO, Mariano, FUENTETAJA, Jesús Ángel, FERNÁNDEZ, Carmen, LINDE, Enrique, MELLADO, Pilar, y MIRALLES, Pedro Pablo, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2000.
- BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2005.
- BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- BARZALLO, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL / Universidad Andina Simón Bolívar, s/f.
- BASSO, Maristela, y RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas, "Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para a avaliação das limitações aos direitos autorais" en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propiedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 1993.
- BEATTY, David M., *The ultimate rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- , *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IIJ-UNAM, 2006.

- , “China, una estrategia sobre propiedad intelectual” en Oropeza García, Arturo (coord.), *China-Latinoamérica: una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, México, IIJ-UNAM / CIACI / Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de la Ciudad de México, 2009.
- , *Derecho internacional público*, México, IIJ-UNAM, 1991.
- (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, IIJ-UNAM, 2009.
- (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, IIJ-UNAM, 1998.
- BECKER, Eberhard, BUHSE, Willms, GÜNNEWIG, Dirk, y RUMP, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003.
- BENKLER, Yochai, *The wealth of networks. How social production transforms market and freedom*, EUA, Yale University Press, 2006.
- BENTLY, Lionel, y SHERMAN, Brad, *Intellectual property law*, Nueva York, 3a. ed., Oxford University Press, 2009.
- BENTLY, Lionel, SUTHERSANEN, Uma, y TORREMANS, Paul (coords.), *Global copyright. Three hundred years since the Statue of Anne, from 1709 to cyberspace*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997.
- (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- , “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- BERRY, Robert C., BIEDERMAN, Donald E., GLASSER, Jeanne A., PIERSON, Edward P., y SILFEN, Martin E., *Law and business of the entertainment industries*, 4a ed., EUA, Praeger Publishers, 2001.
- BERTRAND, Lise, “Copyright law and copyright collectives in Canada” en LaRoche, Kevin L. (coord.), *Intellectual property and related commercial litigation in Canada*, Canadá, 3a. ed., Border Ladner Gervais, 2008.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003.
- BHALA, Raj, y KENNEDY, Kevin, *World trade law*, EUA, Lexis law publishing, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos” en VV.AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. I.
- BITAN, Hubert, *Droit des créations immatérielles*, Francia, Lamy, 2010.
- BLACK, Henry Campbell, *Black’s law dictionary*, EUA, 2a. ed., West Publishing, 1968.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, trad. Ernesto Garzón Valdés, 8a. reimp., Fontamara, 2004.

- BOLDRIN, Michele, y LEVINE, David K., *Against intellectual monopoly*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, y RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOTTIS, Maria, y SPINELLO, Richard A., *A defense of intellectual property rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.
- BOYLE, James, *Shamans, software & spleens*, EUA, Harvard University Press, 1996.
- (coord.), *Duke conference on the public domain. Collected papers*, EUA, Center for the Public Domain, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- BRENNAN, David J., *Retransmission and US compliance with TRIPS*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, Nueva York, 5a. ed., Oxford University Press, 1998.
- BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, 32a. ed., Porrúa, 2000.
- , *El juicio de amparo*, México, 33a. ed., Porrúa, 1997.
- BURRELL, Robert, y COLEMAN, Allison, *Copyright exceptions: The digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005.
- CABALLERO LEAL, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004.
- , y JALIFE DAHER, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo, y PALAZZI, Pablo, “Derecho de Internet en Argentina” en Montes de Oca, Ángel (coord.), *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Heliasta, 2004.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo, *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad de Caldas, 2004.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Granada, Comares, 1998.
- CAMPBELL, Joseph, *El héroe de las mil caras. Psicoanálisis del mito*, trad. Luisa Josefina Hernández, México, 10a. reimp., FCE, 2006.
- CÁMPOLI, Gabriel Andrés, *Principios de derecho penal informático*, México, Ángel, 2004.
- CANTÓN J., Octavio, y CORCUERA C., Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa / UIA, 2004.
- CANUT, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM / CNDH, 2005.
- , *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004.

- _____ (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta / IIJ-UNAM, 2003.
- _____ (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / IIJ-UNAM, 2007.
- _____ (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH / Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.
- _____ (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004.
- _____ (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005.
- _____, y CARPIZO, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- _____, y SALAZAR, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta / IIJ-UNAM, 2005.
- _____, CRUZ PARCERO, Juan A., y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propiedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- CARPIZO, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa / IMDPC, 2009.
- CARPIZO, Jorge, “Constitución e información” en Carbonell, Miguel, y Valadés, Diego (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- _____, y VILLANUEVA, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México” en Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Valadés, Diego (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Derecho social” en Fix-Zamudio, Héctor, y Soberanes, José Luis (comps.), *El derecho en México*, México, 2a. ed., FCE, 1996.
- CARRILLO TORAL, Pedro, *El derecho intelectual en México*, México, Plaza y Valdés / UABC, 2002.
- CARROLL, Michael W., “Creative commons as conversational copyright” en Yu, Peter K. (coord.), *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I.
- CASAS VALLÉS, Ramón, “Comentario al artículo 40 Bis” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 3a. ed., Tecnos, 2007.
- CASSIN, René, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal” (trad. Héctor Cuadra) en VV.AA., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 1974.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., “Los derechos sociales en la Constitución de 1917” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*.

- Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, IJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. IV.
- CELOTTO, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Liliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003.
- CHEUNG, Gordon C.K., *Intellectual property rights in China*, Nueva York, Routledge, 2009.
- CHISSICK, Michael, y KELMAN, Alistair, *Electronic commerce. Law and practice*, Londres, 3a. ed., Sweet & Maxwell, 2002.
- CISNEROS FARÍAS, Germán, *Lógica jurídica*, México, 2a. ed., Porrúa, 2004.
- CIUK, Perla, *Diccionario de directores del cine mexicano*, México, 2a. ed., IMCINE / CONACULTA, 2009, t. I.
- CLAPHAM, Andrew, *Human rights: A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- CLARK, Drew, “How copyright became controversial” en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002.
- COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO / CINDOC, 1997.
- COOK, Trevor, *EU intellectual property law*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- COOTER, Robert, y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, trad. Eduardo L. Suárez, México, 2a. reimp., FCE, 2002.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2a. reimp. de la 1a. ed., Oxford University Press, 2006.
- CORNISH, William R., y LLEWELYN, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson / Sweet & Maxwell, 2007.
- CORREA, Carlos, *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- CORREA HENAO, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003.
- CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán / CIICH-UNAM, 2003.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, 2a. ed., Fontamara, 2000.
- , *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004.
- COURTIS, Christian, “Derechos sociales y justiciabilidad” en VV.AA., *Memoria del coloquio sobre derechos sociales*, México, SCJN, 2006.
- COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, *Derecho de la comunicación: derecho de la comunicación impresa*, Madrid, Colex, 2001, vol. I.
- COUTO, Alexandra, “Copyright and freedom of expression: a philosophical map” en Gosseries, Axel, Marciano, Alain, y Strowel, Alain (coords.), *Intellectual property and theories of justice*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2008.
- CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa / IMDPC, 2006.

- , y SERNA, Pedro, “El juicio de ponderación: reflexiones en torno a su naturaleza” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IIJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. VI.
- D’AGOSTINO, Giuseppina, *Copyright, contracts, creators. New media, new rules*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010.
- DEAZLEY, Ronan, *Rethinking copyright. History, theory, language*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006.
- DE BEER, E.S. (comp.), *The correspondence of John Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1979, vol. 5.
- DE BUEN, Néstor, *La decadencia del contrato*, México, 2a. ed., Porrúa, 1986.
- DE CARRERAS SERRA, Lluís, *Derecho español de la información*, España, UOC, 2006.
- DE CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito constitucional*, Brasil, 14a. ed., Del Rey, 2008.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso, *La transición paradigmática de la teoría jurídica*, Madrid, Dykinson, 2009.
- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, Voces “Derechos de autor” y “Contenidos ilícitos y nocivos en Internet” en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2006.
- DE LA VEGA, Constance, y WEISSBRODT, David, *International human rights law: an introduction*, EUA, University of Pennsylvania Press, 2007.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *La libertad de expresar ideas en México*, México, Duero, 1995.
- DELGADO PORRAS, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.
- , *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988.
- DELLA COSTA, Héctor, *El derecho de autor y su novedad. Estructura – Dinámica – Problemática*, Buenos Aires, Cathedra, 1971.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2001.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “A função social do direito autoral e as limitações legais” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Derecho da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006.
- DE PINA, Rafael, *Elementos derecho civil mexicano*, México, 14a. ed., Porrúa, 1994, vol. II.
- , *Elementos derecho civil mexicano*, México, 8a. ed., Porrúa, 1993, vol. III.
- DERCLAYE, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.
- DE SENARCLENS, Pierre, “The politics of human rights” en Coicaud, Jean-Marc, Doyle, Michael W., y Gardner, Anne-Marie (coords.), *The globalization of human rights*, Hong Kong, The United Nations University, 2003.
- DESANTES GUANTER, José María, “Capítulo 2: El principio de individualidad: el derecho de autor” en VV.AA., *Derecho de la información (II). Los mensajes informativos*, Madrid, Colex, 1994.

- DEVINE, Carol, HANSEN, Carol Rae, y WILDE, Ralph, *Human rights: the essential reference*, Arizona, Oryx Press, 1999.
- DÍAZ ALCÁNTARA, Mario Arturo, y GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “El derecho de autor en México (1810-1985) y en el ámbito internacional” en VV.AA., *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Derecho mercantil*, México, Iure, 2002.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T., *El derecho de la ciencia y la tecnología del desarrollo*, México, Porrúa, 1995.
- , “Derechos sociales y derecho al desarrollo” en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, t. II.
- DIBBELL, Julian, *My tiny life. Crime and passion in a virtual world*, EUA, Henry Holt and Company, 1998.
- DIETER BEITER, Klaus, *The protection of the right to education by international law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- DIETZ, Adolf, “Cinco pilares de la protección moderna europea de derechos de autor” en VV.AA., *Derecho de autor: un desafío para la creación y el desarrollo*, Chile, LOM Ediciones / Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 10a. ed., Tecnos, 2001, vol. I.
- DOCK, Marie-Claude, *Contribution historique a l'étude des droits d'auteur*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, 9a. ed., Porrúa, 2003.
- DONNELLY, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, EUA, 2a. ed., Cornell University, 2003.
- DORANTES DÍAZ, Francisco Javier, *Derecho cultural mexicano (problemas jurídicos)*, México, FUNDAP, 2004.
- DRASSINOWER, Abraham, “Exceptions properly so-called” en Drassinower, Abraham, y Gendreau, Ysolde (coords.), *Langues et droit d'auteur / Language and copyright*, Canadá, Yvon Blais, 2009.
- DREXL, Josef, “Constitutional protection of authors' moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy” en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007.
- DUGUIT, León, *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón*, México, trad. Carlos G. Posada, Ediciones Coyoacán, 2007.
- DUTFIELD, Graham, “A rights-free world – it is workable, and what is the point?” en MacQueen, Hector, y Waelde, Charlotte (coords.), *Intellectual property. The many faces of public domain*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007.
- , y SUTHERSANEN, Uma, *Global intellectual property law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008.
- DWORKIN, Gerald, y TAYLOR, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002.
- DZAMUKASHVILI, David, JORBENADZE, Sandro, y SHENGELIA, Roman, *Georgian law on author's rights and neighbouring rights*, Tbilisi, UNESCO, 2005.

- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, Buenos Aires, 2a. ed., Depalma, 1996.
- ELÍAS AZAR, Edgar, *La contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005.
- ELKIN-KOREN, Niva, y NETANEL, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002.
- EMERY, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, Buenos Aires, 2a. reimp., Astrea, 2003.
- ERREGUERENA ALBITERO, María José, *El mito del vampiro. Especificidad, origen y evolución en el cine*, México, Plaza y Valdés / UAM-Xochimilco, 2002.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la información*, Madrid, 2a. ed., Dykinson, 2001.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela, y ESPINOSA PÉREZ, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké / Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991.
- ESPINOSA, José Diego, y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, *El derecho moral*, México, s/e, 1945.
- ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Granada, Comares, 2006.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FARELL CUBILLAS, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, IJ-UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo de autor. En las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, Dykinson / Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IJ-UNAM, 2004.
- , “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión” en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, 2a. ed., IJ-UNAM, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Trotta, 2002.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 5a. ed., Trotta, 2001.
- , *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, 2006.

- , *Garantismo penal*, México, trad. Marina Gascón, FD-UNAM, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de la convencionalidad en el Estado constitucional” en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, IIJ-UNAM / El Colegio Nacional, 2010.
- FICSOR, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- , *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, Bogotá, trad. Sofía Rodríguez Moreno, UNESCO / CERLALC / Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2008.
- FINGER, J. Michael, PENNA, Frank J., y THORMANN, Monique, “The Africa music project” en Finger, J. Michael, y Schuler, Philip (coords.), *Poor people’s knowledge. Promoting intellectual property in developing countries*, Washington, Oxford University Press, 2004.
- FISHER III, William W., *Promises to keep. Technology, law and the future of entertainment*, EUA, Stanford University Press, 2004.
- FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, trad. Jorge F. Malem Seña, Fontamara, 1997.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, 2a. ed., IIJ-UNAM, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 1999.
- , y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2005.
- FOLSOM, Ralph H., *European Union law*, EUA, 6a. ed., Thomson West, 2008.
- GANEVA, Peter, “Copyright” en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005.
- GANTZ, John, y ROCHESTER, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Prentice Hall, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, 4a. ed., Thomson / Civitas, 2006.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, Barcelona, Jaime Molinar Editor, 1889.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, 11a. ed., Porrúa, 1999.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Prólogo a la tercera edición” en Obón León, J. Ramón, *Derecho de los artistas intérpretes. Actores, cantantes y músicos ejecutantes*, México, 3a. ed., Trillas, 1996.
- GARCÍA MURILLO, José Guillermo, y SOLORIO PÉREZ, Óscar Javier, “Trasgresión del derecho administrativo sobre el derecho privado: La pérdida de la naturaleza privada de la propiedad intelectual” en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2006, t. I.
- GARDINER, Richard, *Treaty interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Granada, 2a. ed., Comares, 2003.

- GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tecnológico de Monterrey, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional” en Serrano Migallón, Fernando, y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2008.
- GEIGER, Christophe, “Author’s rights, copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5.
- GERVAIS, Daniel, “Epilogue: a TRIPS implementation toolbox” en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas, 2001.
- GINSBURG, Jane C., y MERGES, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004
- GINSBURG, Jane C., y RICKETSON, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2006, vol. I.
- GOLDSMITH, Jack, y WU, Tim, *Who controls the Internet? Illusions of a borderless world*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- GOLDSTEIN, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995.
- , *Derecho de autor y sociedad de la información*, Buenos Aires, La Rocca, 2005.
- GOLDSTEIN, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- , *El copyright en la sociedad de la información*, trad. Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999.
- , *Intellectual property: the though new realities that could make or brake your business*, Nueva York, Portfolio, 2007.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, 1a. reimp., IIJ-UNAM, 2003.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Interpretación de los tratados en el derecho internacional” en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, 4a. ed., IIJ-UNAM, 2003.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, 10a. ed., Porrúa, 2004.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, 2a. ed., Porrúa, 2008.
- GOUDREAU, Mistrale, “Introducción al derecho de autor canadiense” en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México, 1a. reimp. de la 1a. ed., IIJ-UNAM, 2000.
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.
- GRIFFITHS, Jonathan y SUTHERSANEN, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “Internet y derechos de autor” en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007.

- GROSHEIDE, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010.
- GROSS, Robin, "Intellectual property rights and the information commons" en Frank Jørgensen, Rikke (coord.), *Human rights in the global information society*, EUA, MIT, 2006.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 5a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2003.
- , *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- GUERRA ZAMARRO, Manuel, "La regulación de la obra por encargo en la Ley Federal del Derecho de Autor" en VV.AA., *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis, 2002, t. II.
- GUEVARA B., José A., MARTIN, Claudia, y RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 1a. reimp., Fontamara / UIA / American University, 1996.
- GUIBAULT, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.
- , "The limit of balancing interests through copyright levies" en Andorno, Roberto, Hoppe, Nils, y Lenk, Christian, (coords.), *Ethics and law of intellectual property. Current problems in politics, science and technology*, Reino Unido, Ashgate, 2007.
- , HELBERGER, Natali, HUGENHOLTZ, Bernt, VAN EECHOUD, Mireille, y VAN GOMPEL, Stef, *Harmonizing European copyright law. The challenges of better lawmaking*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, "Interés jurídico respecto de reglas de *ius cogens*" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, IIJ-UNAM / Marcial Pons / IMDPC, 2008, t. IX.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, y SALAZAR UGARTE, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, IIJ-UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999.
- , *Derecho de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 1996.
- , *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional en Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003.
- , *Europäische Rechtskultur*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 1997.
- , *El estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, IIJ-UNAM, 2003.
- HALBERT, Debora J., *Intellectual property in the information age. The politics of expanding ownership rights*, EUA, Quorum Books, 1999.

- HALPERN, Sheldon W., *The law of defamation, privacy, publicity, and moral right. Cases and materials on protection of personality interests*, Ohio, 4a. ed., JPM Books, 2000.
- HARRISON, James, *The human rights impact of the World Trade Organisation*, EUA, Hart Publishing, 2007.
- HARVEY, Edwin R., *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero, México, 2a. ed., Casa Juan Pablos, 2004.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- HERRERA MEZA, Humberto Javier, *Iniciación al derecho de autor*, México, Limusa, 1992.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 2a. ed., Colex, 1994.
- HESTERMEYER, Holger, *Human rights and the WTO. The case of patents and access to medicines*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- HILTY, Reto M., “The expansion of copyright law and its social justification” en Liu, Kung-Chung, y Heath, Peter (coords.), *Copyright law and the information society in Asia*, Portland, Hart, 2007.
- HOFMAN, Julien, *Introducing copyright: a plain language guide to copyright in the 21st century*, Canadá, Commonwealth of Learning, 2009.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, trad. Genaro R. Carrió, 5a. reimp., Fontamara, 2004.
- HOLZAPFEL, Henrik, y WERNER, Georg, “Interpreting exceptions in intellectual property law” en Adelman, Martn J., Brauneis, Robert, Drexl, Josef, y Nack Ralph (coords.), *Patents and technological progress in a globalized world. Liber amicorum Joseph Straus*, Alemania, Springer-Verlag, 2009.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus / AISGE, 2005.
- JALIFE DAHER, Mauricio, *Competencia desleal. Régimen jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2008.
- , *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, México, Mc Graw-Hill, 1998.
- JESSEN, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, trad. Luis Grez Zuloaga, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- JIJENA LEIVA, Renato, PALAZZI, Pablo Andrés, y TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *El derecho y la sociedad de la información: la importancia de Internet en el mundo actual*, México, Miguel Ángel Porrúa / Tec de Monterrey-CEM, 2003.
- JOKHADZE, George, “The big ones of the music industry: copyright and human rights aspects of the music business” en Ziemele, Inieta (coord.), *Expanding the horizons of human rights law. New authors, new themes*, Países Bajos, Brill, 2005.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KAESMACHER, Dominique, y STAMOS, Théodora, *Brevets, marques, droits d'auteur...: mode d'emploi*, Bélgica, Edipro, 2009.

- KANT, Immanuel, "Of the injustice of counterfeiting books" en Kant, Immanuel, *Essays and treatises on moral, political, and various philosophical subjects*, trad. John Richardson, Londres, s/e, 1798, vol. I.
- KARTASHKIN, Vladimir, "Economic, social and cultural rights" en Vasak, Karel (coord.), *The international dimensions of human rights*, París, Greenwood Press / UNESCO, 1982, vol. 1.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, trad. Roberto J. Vernengo, 14a. ed., Porrúa, 2005.
- KUMM, Mattias, "Fundamental rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice" en Eriksen, Erik O., y Menéndez, Agustín J. (coords.), *Constitutional rights through discourse. On Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives*, Noruega, Universidad de Oslo / Universidad de León, 2004.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "Consideraciones sobre el derecho de autor" en Cienfuegos Salgado, David, y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, IIJ-UNAM, 2006.
- LABRADA RUBIO, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998.
- LAFRANCE, Mary, *Copyright law*, EUA, Thomson / West, 2008.
- LANDES, William M., y POSNER, Richard A., *The economic structure of intellectual property law*, EUA, Harvard University Press, 2003.
- LANGE, David, y POWELL, Jefferson H., *No law: intellectual property in the image of an absolute first amendment*, EUA, Stanford Law Books, 2009.
- LA TORRE, Massimo, *Constitutionalism and legal reasoning. A new paradigm for the concept of law*, Países Bajos, Springer, 2007.
- LEAFFER, Marshall, *Understanding copyright law*, Nueva York, 3a. ed., Matthew Bender, 1999.
- LEMLEY, Mark A., MENELL, Peter S., y MERGES, Robert P., *Intellectual property in the new technological age*, Nueva York, 2a. ed., Aspen law & business, 2000.
- LESSIG, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004.
- , *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999.
- , *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Nueva York, Random House, 2001.
- , *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Londres, Bloomsbury, 2008.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993.
- , *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004.
- , "Los autores y el derecho" en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009.
- , y VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- LITMAN, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001.

- LOCKE, John, "Memorandum" en King, Peter, *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*, Londres, Henry Colburn y Richard Bentley, 1830, vol. I.
- , *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Madrid, 2a. reimp., Alianza, 2003.
- LOEWENSTEIN, Joseph, *The author's due: printing and the prehistory of copyright*, EUA, The University of Chicago Press, 2002.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, *Derecho de la información*, México, Mc Graw-Hill / IJ-UNAM, 1997.
- , *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa / IJ-UNAM, 1984.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, Comares, 2009.
- LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000.
- , *Derecho autoral mexicano*, México, 2a. ed., Jus, 1990.
- LUCCHI, Nicola, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milán, Springer-Verlag, 2010.
- , *Digital media and intellectual property*, Alemania, Springer, 2006.
- MACMILLAN, Fiona, "Human rights, cultural property and intellectual property" en Burri-Nenova, Mira, y Graber, Christoph Beat (coords.), *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008.
- MADISON, Michael J., "Fair use and social practices" en Yu, Peter K., *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, t. IV, Porrúa, 1990.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, México, 4a. reimp. de la 29a. ed., Porrúa, 1998.
- MAHOP, Marcelin Tonye, *Intellectual property, community rights and human rights. The biological and genetic resources of developing countries*, Londres, Routledge, 2010.
- MARANDOLA, Marco, *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*, Barcelona, Derecho de Autor, 2005.
- MARGADANT, Guillermo Floris, "La libertad de imprenta en el constitucionalismo norteamericano y en el mexicano" en VV.AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, IJ-UNAM, 1988, t. II.
- , *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, 18a. ed., Esfinge, 2007.
- MÁRQUEZ, Edith, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en Perret, Louis, y Reus-Bazán, Agueda (coords.), *La Organización de los Estados Americanos en el centenario del sistema interamericano*, México, IJ-UNAM / Asociación Interamericana de Profesores de Derecho, 1992.
- MÁRQUEZ-MEES, Victoria, RUIZ FUNES, Mariano, y YABER, Berenice, *La contribución económica de las industrias protegidas por los derechos de autor en México*, México, INDA / OMPI, 2006.

- MARTIN, Brian, *Information liberation. Challenging the corruption of information power*, Londres, Freedom Press, 1998.
- MARTÍN SALAMANCA, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1996.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Evelio, y SERRANO SANTOYO, Arturo, *La brecha digital: mitos y realidades*, Mexicali, UABC, 2003.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Derecho administrativo. 3er. y 4o. cursos*, México, 2a. ed., Oxford University Press / Harla, 1997.
- MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Ginebra, OMPI, 1978.
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, primera parte, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, vol. II.
- MAZZIOTTI, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlín, Springer, 2008.
- MEADE HERVERT, Oliver, *El derecho*, México, Patria, 2007.
- MELGAR ADALID, Mario, “Comentario al artículo 3º” en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, 14a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 1999, t. II.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El derecho social*, México, 2a. ed., Porrúa, 1967.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007.
- MIER Y CONCHA SEGURA, Jorge, “Comentarios a raíz del segundo borrador del capítulo de derecho de propiedad intelectual en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)” en Witker, Jorge (coord.), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa / IMDPC, 2007.
- , *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.
- MILTON, John, *Areopagítica*, México, trad. José Carner, 3a. ed., FCE / Sociedad Interamericana de Prensa, 2000.
- MIRANDA, Jorge, “A Constituição e os direitos de autor” en Miranda, Jorge, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Portugal, Princípia, 2006.
- MISERACHS I SALA, Pau, *Diccionario internacional del derecho de autor*, Barcelona, 2a. ed., Fausí, 1988.
- , *La propiedad intelectual*, Barcelona, Fausí, 1987.
- MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2002.
- MOONEY, Stephen, ROSENBLATT, Bill, y TRIPPE, Bill, *Digital rights management. Bussiness and technology*, Nueva York, M&T Books, 2002.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008.
- MORESO I MATEOS, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006.
- MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999.

- MOUCHET, Carlos, y RADAELLI, Sigfrido A., *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, t. II.
- NETANEL, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- , (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- NIERHAUS, Michael, “Administrative law” en Reimann, Mathias, y Zekoll, Joachim (coords.), *Introduction to german law*, La Haya, 2a. ed., Kluwer Law International, 2005.
- NIMMER, David, *Copyright: sacred text, technology and the DMCA*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, México, 5a. ed., Siglo XXI, 1997.
- NOWAK, Manfred, *Introduction to the international human rights regime*, Países Bajos, Brill, 2003.
- OBÓN LEÓN, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales” en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis / BMA, 1998.
- , “Ilícitos contra el derecho de autor. El caso México” en VV.AA., *Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*, Buenos Aires, Instituto Interamericano del Derecho de Autor, 1981.
- OKEDIJI, Ruth L., “The limits of development strategies at the intersection of intellectual property and human rights” en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- OSTERGARD Jr., Robert L., *The development dilemma: the political economy of intellectual property rights in the international system*, EUA, LFB Scholarly Publishing, 2003.
- OTERO LASTRES, José Manuel, *El modelo industrial*, Madrid, Montecorvo, 1977.
- OVALLE FAVELA, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor” en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- OVILLA BUENO, Rocío, “El laberinto de la multitud. En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia” en Becerra Ramírez, Manuel, y Ovilla Bueno, Rocío (coords.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- PACÓN, Ana María, “La protección del derecho de autor en la Comunidad Andina” en VV.AA., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003.
- PALACIOS LÓPEZ, Marco Antonio, “Los derechos de propiedad intelectual y las relaciones comerciales internacionales: generalidades sobre los antecedentes del acuerdo sobre los ADPIC y la evolución del mismo después del periodo de transición” en Antequera Hernández, Ricardo Alberto, y Palacios López, Marco Antonio (coords.), *Propiedad intelectual. Temas relevantes en el escenario internacional*, Guatemala, SIECA / USAID, 2000.
- PARÉ, Daniel, “The digital divide: why the ‘The’ is misleading” en Klang, Mathias, y Murray, Andrew (coords.), *Human rights in the digital age*, Nueva York, Glass House Press, 2006.

- PARETS GÓMEZ, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008.
- PATRY, William, *Moral panics and the copyright wars*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- PATTERSON, Lyman Ray, *Copyright in historical perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968.
- PAVLAKOS, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral” en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006.
- PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, Reus / AISGE, 2001.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de autor. La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, IJ-UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “Los derechos fundamentales. Teoría general” en Pérez Tremp, Pablo (coord.), *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004.
- PERROTTI, Máximo, *Creación y derechos (la creación de obras musicales, derechos que genera y su administración)*, México, Consejo Panamericano de la CISAC, 1978.
- PEUKERT, Alexander, “A bipolar copyright system for the digital network environment” en Strowel, Alain (coord.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.
- PIEDRAS, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, México, CONACULTA / SOGEM / CANIEM / SACM, 2004.
- PIMENTA, Eduardo, *Princípios de direitos autorais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I.
- , *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- PIOTRAUT, Jean-Luc, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Francia, Lavoisier, 2007.
- PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional” en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

- PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Los bienes*, trad. José M. Cajica, México, Cajica, 1955.
- PORSDAM, Helle, *From civil rights to human rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.
- POSNER, Richard A., *Economic analysis of law*, Nueva York, 6a. ed., Aspen Publishers, 2003.
- , *The little book of plagiarism*, Nueva York, Pantheon Books, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007.
- , “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- QUINTERO JARAMILLO, Claudia, “El derecho humano a la educación y el servicio público de educación superior en México” en Cienfuegos Salgado, David, y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en México*, México, IIJ-UNAM, 2009.
- RANGEL MEDINA, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IIJ-UNAM, 1998.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1997.
- REYES, Alfonso, *Obras completas*, México, FCE, 1979, t. XX.
- RIBERA BLANES, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002.
- RIMMER, Matthew, *Digital copyright and the consumer revolution. Hands off my iPod*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007.
- RÍOS RUIZ, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009.
- RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- , *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.
- ROEMER, Andrés, *Enigmas y paradigmas. Una exploración entre el arte y la política pública*, México, Noriega / UIA / ITAM, 2003.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus / AISGE, 2003.
- , *Derecho de autor*, Barcelona, Cálamo, s/f.
- (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus / AISGE Fundación, 2006.
- (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus / AISGE, 2003.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, México, 3a. ed., Porrúa, 2004.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, México, 26a. ed., Porrúa, 1995, t. II.
- ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, 2006.

- ROSE, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993.
- ROSÉN, Jan, “Copyright and freedom of expresión in Sweden – private law in a constitutional context” en Torremans, Paul (coord.), *Copyright law: a handbook of contemporary research*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007.
- ROSENTHAL KWALL, Roberta, *The soul of creativity. Forging a moral rights law for the United States*, California, Stanford University Press, 2010.
- ROVIRA SUEIRO, María E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, Comares, 2000.
- RUGGLES, Fairchild D., y SILVERMAN, Helaine, “Cultural heritage and human rights” en Ruggles, Fairchild D., y Silverman, Helaine (coords.), *Cultural heritage and human rights*, Nueva York, Springer Science + Business Media, 2007.
- SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998.
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, “La reforma constitucional en materia de cultura. Nuevas perspectivas del patrimonio cultural mexicano” en Arriaga, Carol B., y Carpizo, Jorge (coords.), *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, México, FD-UNAM / IJ-UNAM, 2010.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IJ-UNAM, 2007.
- , *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006.
- SATANOWSKY, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I.
- SCHECHTER, Roger E., y THOMAS, John R., *Intellectual property. The law of copyrights, patents and trademarks*, EUA, Thomson / West, 2003.
- SENFTLEBEN, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, México, 18a. ed., Porrúa, 1997.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2000.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 1998.
- , *Marco jurídico del derecho de autor en México*, México, 2a. ed., Porrúa / FD-UNAM, 2008.
- (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2004.
- (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2008.
- SEVILLE, Catherine, *EU intellectual property law and policy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.
- SHAW, Jo, y WALLACE, Chloë, “Education, multiculturalism and the Charter of Fundamental Rights of the European Union” en Hervey, Tamara, y Kenner, Jeff (coords.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, Hart Publishing, 2003.
- SHAW, Malcom N., *International law*, Reino Unido, 5a. ed., Cambridge University Press, 2003.

- SIECKMANN, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.
- , y SILVA MEZA, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- SMIERS, Joost, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, trad. Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Gedisa, 2006.
- , y VAN SCHIJNDEL, Marieke, “Imaging a world without copyright: the market and temporary protection, a better alternative for artists and the public domain” en Porsdam, Helle (coord.), *Copyright and other fairy tales. Hans Christian Anderson and the commodification of creativity*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, México, 3a. ed., Porrúa, 1995.
- SOLORIO PÉREZ, Óscar Javier (coord.), *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007.
- SPENCE, Michael, *Intellectual property*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- SPINELLO, Richard A., *Regulating cyberspace: the policies and technologies of control*, EUA, Quorum Books, 2002.
- STOKES, Simon, *Digital copyright: law and practice*, Reino Unido, Hart, 2009.
- STOLL, Peter-Tobias, y VON HAHN, Anja, “Indigenous peoples, indigenous knowledge and indigenous resources in international law” en Von Lewinski, Silke (coord.), *Indigenous heritage and intellectual property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.
- STROWEL, Alain, y TULKENS, François, “Équilibrer la liberté d’expression et le droit d’auteur. À propos des libertés e créer et d’user œuvres” en Strowel, Alain, y Tulkens, François (coords.), *Droit d’auteur et liberté d’expression. Regards francophones, d’Europe et d’ailleurs*, Bruselas, De Boeck & Larcier, 2006.
- SUNDARA RAJAN, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006.
- TACCHI, Paola, *Elementi di diritto dell’informazione e della comunicazione*, Nápoles, Simone, 2008.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, reimp. de la 2a. ed., Themis, 2003.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, México, 3a. ed., McGraw-Hill, 2003.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, 33a. ed., Porrúa, 2000.
- TIAN, YiJun, *Re-thinking intellectual property*, Nueva York, Routledge Cavendish, 2009.
- TORREMANS, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.
- (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978.
- UCHTENHAGEN, Ulrich, “Acerca de la historia de las convenciones de derecho de autor latinoamericanas” en VV.AA., *La protección del derecho de autor en el*

- sistema interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia / Dirección Nacional de Derecho de Autor, 1998.
- VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I.
- , *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982.
- , *Copyleft. Manual de uso*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006.
- , *El futuro de la creación*, Madrid, Fundación Arte y Derecho / Trama, 2003.
- , *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980.
- , *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Madrid, Ministerio de Cultura de España, 1995.
- , *La igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, San José, IIDH / CEPAL, 1997.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005.
- , *Protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007.
- , *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera / Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama / Fundación Arte y Derecho, 2006.
- , *Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces federales mexicanos*, México, SCJN / SEP / OMPI, 1993.
- VAIDHYANATHAN, Siva, *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001.
- , *The anarchist in the library*, Nueva York, Basic Books, 2004.
- VALADÉS, Diego, *Derecho de la educación*, México, Mc Graw-Hill / IJ-UNAM, 1997.
- , “Los límites del constitucionalismo local” en VV.AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, IJ-UNAM, 1988, t. I.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, Comares, 2000.
- VARELA PEZZANO, Eduardo Secondo, *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright*, Colombia, Universidad del Rosario, 2009.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Una corte de justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, México, IJ-UNAM, 2010.
- VAVER, David y BENTLY, Lionel (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004.
- VELA TREVIÑO, Carlos A., “Concesión de licencias obligatorias en casos de abuso del derecho de autor en materia de bienes informacionales: explorando dos vías posibles para México” en Ojeda, Lucía, Roldán, José, y Santos, Luis, *Propiedad intelectual y competencia económica*, México, Porrúa / ITAM / ANADE, 2010.
- VERA VALLEJO, Luis, “El marco jurídico mexicano en la nueva sociedad digital” en VV.AA., *Memorias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*,

- México, Tec de Monterrey-CEM / Federación Iberoamericana de Derecho e Informática, 2000.
- VIDAL GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997.
- VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- , *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- , *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, 2a. ed., Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2004.
- VILLALBA, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos” en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa / Universidad de Guadalajara / Cámara de Diputados, 2006.
- , *Temas selectos de derecho de la información*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- VON LEWINSKI, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- WAEDELDE, Charlotte, “Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric” en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2.
- WALTER, Michael M., “Fundamental rights” en Von Lewinski, Silke, y Walter, Michael M. (coords.), *European copyright law. A Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- WANT, Robert S., *Harry Potter and the order of the court: the J.K. Rowling copyright case and the question of fair use*, EUA, NationsCourts.com, 2008.
- WESTKAMP, Guido, “Author’s rights and internet regulation: the end of the public domain or constitutional re-conceptulization?” en Perez Pugatch, Meir (coord.), *The intellectual property debate. Perspectives from law, economics and political economy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, trad. Jorge F. Malem Seña, 11a. reimp., Ariel, 2006.
- WILSON, Lee, *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 1a. reimp., Fontamara, 2003.
- YOUNG, Jason M., “Constitutional rights and new technologies in Canada” en De Hert, Paul, Koops, Bert-Jaap, y Leenes, Ronald (coords.), *Constitutional rights and new technologies. A comparative study*, La Haya, Asser Press, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y resultados” en Corzo Sosa, Edgar, y Vega Gómez, Juan (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 424 y 426.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, 5a. ed., Porrúa, 1994.

B. HEMEROGRÁFICAS Y PONENCIAS

- ACOSTA ROMERO, Miguel, “El derecho intelectual y las partes que lo integran”, *Revista mexicana del derecho de autor*, México, SEP, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992.
- AFORI, Orit Fischman, “Human rights and copyright: the introduction of natural law considerations into american copyright law”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XIV, núm. 2, 2004.
- AKESTER, Patricia, “El proyecto de tratado de la OMPI sobre radiodifusión y su impacto en la libertad de expresión”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, abril-junio 2006.
- , “The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture”, estudio encargado por la UNESCO para la 14° sesión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, junio 2010.
- ALEXY, Robert, “On structure of legal principles”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre 2000.
- , “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 2, junio 2003.
- , “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre 2003.
- , “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” (trad. Carlos Bernal Pulido), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002.
- ALVEZ, Amaya, “¿Made in Mexico? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LX, núm. 253, enero-junio 2010.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (Los ‘usos honrados’, el ‘fair use’ y el ‘ius usus innocui’. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra)”, *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor*, Buenos Aires, junio 2006.
- , “El derecho de autor no es una propiedad”, www.aporrea.org/a42121.html, diciembre de 2007.
- APREZA SALGADO, Socorro, y CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Algunos alcances sobre la eficacia de los derechos fundamentales en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre 2007.
- ARAGÓN, Emilia, “Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones”, Ponencia presentada en el Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, OMPI / OEP / OEPM, Guatemala, 21 de octubre de 2004.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, 2009.

- ARROYO YANES, Luis Miguel, “Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación”, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, núm. 2, 2006.
- ATHANASEKOU, P. Eve, “Copyright in cyberspace”, Ponencia presentada en la 13^o Conferencia del British & Irish Legal Education Technology Association, Dublin, 27 y 28 de marzo de 1998.
- ATIENZA, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, núm. 4, Universidad Complutense de Madrid, 1986-87.
- AUSTIN, Graeme W., y ZAVIDOW, Amy G., “Copyright law reform through a human rights lens”, EUA, documento de discusión 07-34, Universidad de Arizona, 2007.
- AZÚA REYES, Sergio T., “Los derechos humanos y el derecho a la educación”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 18, 1986-1987.
- BAJON, Benjamin, DREXL, Josef, FRÜH, Alfred, GEIGER, Christophe, HILTY, Reto M., KLASS, Nadine, KRUIJATZ, Sebastian, y KUR, Anette, “European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy - Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-05, Alemania, 2008.
- BALGANESH, Shyamkrishna, “Copyright and free expression: analyzing the convergence of conflicting normative frameworks”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 4, núm. 1, otoño 2004.
- BARLOW, John Perry, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, julio de 2009.
- _____, “Jack in, young pioneer!”, http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/jack_in_young_pioneer.html, julio de 2009.
- _____, “Selling wine without bottles: the economy of mind on the global net”, http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html, septiembre de 2009.
- BECKER, Jürgen, y KREILE, Reinhold, “The legitimation, practice and future of private copying –A paper taking as an example the system of private copying in Germany–”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2003.
- BEEBE, Barton, “An empirical study of U.S. copyright fair use opinions, 1978-2005”, *University of Pennsylvania law review*, vol. 156, núm. 3, enero 2008.
- BENENTE, Mauro, “Tensiones entre derecho a la intimidad y libertad de expresión. El caso argentino”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 22, enero-junio 2010.
- BERTRAND, André, “Droit d’auteur, copyright and neighbouring rights at the crossroads”, Documento de la UNESCO, París, 1992.
- BLOOM Jr., Lackland H., “Copyright under siege: the first amendment front”, *Computer law review and technology journal*, vol. IX, núm. 1, otoño 2004.
- BORGHI, Mauricio, y MONTAGNANI, Maria Lilla, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008.

- BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales” (trad. Rodolfo Arango), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000.
- BOU FRANCH, Valentín, “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales *jus cogens*: el asunto *Al-Adsani* contra Reino Unido”, *Anuario de derecho internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, núm. XVIII, 2002.
- BRAEGELMANN, Tom, “Copyright law in and under the Constitution. The constitutional scope and limits of copyright law in the United States and in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and European law on copyright law in Germany”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 27, núm. 1, 2009.
- BRAGA AVANCINI, Helenara, “Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação”, Brasil, Tribunal Superior de Justicia, <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1937>, diciembre de 2007.
- BRANDEIS, Louis D., y WARREN, Samuel D., “The right to privacy”, *Harvard law review*, Boston, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890, pp. 193 a 220.
- BUYDENS, Mireille, DUSOLLIER, Séverine, y POULLET, Yves, “Copyright and access to information in the digital environment”, estudio preparado para el Tercer Congreso UNESCO sobre los Retos Éticos, Legales y Sociales de las Infoéticas del Ciberespacio, París, 17 de julio de 2000.
- CABALLERO LEAL, José Luis, “Régimen legal de las cartas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002.
- , “Explotación en línea de las obras musicales y audiovisuales: nuevos modelos de negocio”, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005.
- , “Derecho de autor en la nueva era digital, la industria del libro, de la música y del audiovisual. Tendencias. *Creative commons*”, Ponencia de la Jornadas de Derecho de Autor, OMPI / INDA / UP, 6 y 7 de septiembre de 2005.
- , “Breve comentario a la reforma realizada a la Ley Federal del Derecho de Autor en México”, http://www.iidautor.org/documents/doctrina/caballero_leal.pdf, septiembre de 2009.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo, “Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 113, enero-junio 2007.
- CARBONELL, Miguel, “¿Y cuando llueva sangre? Carta abierta al Ministro José de J. Gudiño”, México, www.miguelcarbonell.com, mayo de 2007.
- CASS, Ronald A., “Intellectual property and human rights”, *Engage*, EUA, The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, vol. 7, núm. 1, marzo 2006.
- CASTAÑO VALLEJO, Raúl, “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2007*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. II, 13ºer año, 2007.
- CASTRO BONILLA, Alejandra, “Costa Rica: El derecho de autor como un derecho humano”, *REDI. Revista electrónica de derecho informático*, núm. 50, agosto 2002, www.vlex.com, diciembre de 2007.
- , “La protección constitucional del derecho de autor en España”, *Noticias jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/>, diciembre de 2007.

- CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana, “Derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho comparado de la información*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, enero-junio 2010.
- CHAPMAN, Audrey R., “Approaching intellectual property as a human right: obligations related to article 15 (1) (c)”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXV, núm. 3, 2001.
- , “A human rights perspective on intellectual property, scientific progress, and access to the benefits of science”, <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/chapman.pdf>, diciembre de 2007.
- CHEMERINSKY, Erwin, “Balancing copyright protections and freedom of speech: why the copyright extension act is unconstitutional”, *Loyola of Los Angeles law review*, California, vol. 36, núm. 1, otoño 2002.
- CHEN, Alan K., “The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests”, *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995.
- CHICO ORTIZ, José María, “Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, año LXIV, núm. 584, enero-febrero 1988.
- CHOUDHRY, Sujit, “So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter’s section 1”, *Supreme Court law review*, Toronto, Universidad de Toronto, vol. 34, núm. 2, 2006.
- CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, IIJ-UNAM, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003.
- CIFUENTES VARGAS, Manuel, “La propiedad intelectual indo-hispana”, *PEMEX Lex*, México, núms. 123-124, octubre 1998.
- CLAYTON, Lewis R., “The merger doctrine”, *The national law journal*, EUA, 6 de junio de 2005.
- COLMENTER, Ricardo, “Propiedad intelectual, nuevos paradigmas, nuevas respuestas, el derecho humano de propiedad intelectual”, *JuríPolis. Revista de derecho y política del departamento de derecho*, México, ITESM-CCM, núm 4, s/f, p. 4. Visible en www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis, diciembre de 2007.
- COMITÉ EJECUTIVO DE LA ALAI, “Memorandum on creative commons licenses”, Asociación Literaria y Artística Internacional, enero de 2006.
- COOMBE, Rosemary J., “Intellectual property, human rights & sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity”, *Indiana journal of global legal studies*, EUA, vol. 6, 1998.
- CORNIDES, Jakob, “Human rights and intellectual property. Conflict or convergence?”, *The journal of world intellectual property*, Ginebra, vol. 7, núm. 2, marzo 2004.
- CORNISH, William R., “Authors in law”, *The modern law review*, Londres, vol. 58, núm. 1, enero 1995.
- CORTÉS SUAZA, Gustavo, “Los derechos culturales en el ordenamiento jurídico de Colombia”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 8, invierno 2002-2003.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006.

- COTE-BARCO, Gustavo Emilio, “Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena”, *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 116, julio-diciembre 2008.
- COTTER, Thomas F., “Pragmatism, economics, and the droit moral”, *North Carolina law review*, EUA, vol. 76, núm. 1, 1997.
- CREWS, Kenneth D., “Harmonization and the goals of copyright: property rights or cultural progress?”, *Indiana journal of global legal studies*, Indiana, vol. 6, núm. 1, otoño 1998.
- , “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 3 a 7 de noviembre de 2008.
- CRUZ PARCERO, Juan A., “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 15, octubre 2001.
- CRUZ SALDIVAR, Erwin Carlos, “El diseño y su protección acumulada en la propiedad intelectual”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 5, núm. 8, enero-junio 2009.
- CUÉ BOLAÑOS, Angelina, “La inclusión del derecho de participación en la ley autoral mexicana”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 10, octubre-diciembre 2003.
- CULLET, Philippe, “Human rights and intellectual property in the TRIPS era”, *Human rights quarterly*, EUA, The Johns Hopkins University Press, vol. 29, núm. 2, mayo 2007.
- D’AGOSTINO, Giuseppina, “Healing fair dealing? A comparative copyright anaysis of canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use”, *Mc Gill law journal*, Canadá, vol. 53, 2008.
- DAKIN, Helen, y MCDONALD, Ian, “Some comments on Creative Commons licences”, Documento A06n06, Australian Copyright Council, Gobierno de Australia, 2006.
- DALLON, Craig W., “The problem with Congress and copyright law: forgetting the past and ignoring the public interest”, *Santa Clara law review*, California, vol. 44, 2004.
- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, “La protección de las bases de datos no originales en la legislación autoral mexicana (comparación con la Directiva de la Unión Europea sobre bases de datos)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, FD-UNAM, t. LIII, núm. 241, 2003.
- , “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IIJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007 (con serios errores de edición).
- , “¿Derechos de autor o propiedad intelectual? Algunas precisiones terminológicas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 9, julio-septiembre 2003.
- , “La obra como objeto de los derechos de autor”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Consejo de la Judicatura Federal, núm. 18, 2004.
- , “Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IIJ-UNAM, año III, núm. 8, mayo-agosto 2004.
- , “La constitucionalización de los derechos de autor”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 15, 2010.

- , “Napster y el futuro de los derechos de autor”, *Cauces*, México, FD-UNAM, año I, núm. 2, abril-junio 2002.
- , “Los concursos fotográficos”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 23, 2006.
- DEL CORRAL, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LX, núm. 251, enero-junio 2009.
- DESSEMONTET, François, “Copyright and human rights”, www.unil.ch/cedidac/, enero 2008.
- DESURMONT, Thierry, “Considerations on the relationship between the Convention on the Protection and Promotion of de Diversity of Cultural Expressions and the protection of authors’ rights’ ” (trad. Margaret Platt-Hommel), *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2006.
- DEVI, Uma K., y SIM MIN, Amelly Kok, “Da Vinci Code case: storm in a grial?”, *Legal insights. A Skrine newsletter*, Malasia, núm. 2, junio 2006.
- DÍAZ OQUENDO, Rafael A., “Anotaciones sobre la protección acumulada: la obra y la marca en el régimen comunitario andino”, Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, www.coladic.org, septiembre de 2007.
- DORANTES DÍAZ, Francisco Javier, “El derecho a la cultura”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 4, otoño 2001.
- DRASSINOWER, Abraham, “A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003.
- DREYFUSS, Rochelle Cooper, “Patents and human rights: where is the paradox?”, Nueva York, New York University Law School public law and legal theory research paper series, núm. 06-29, s/f.
- DUSSOLIER, Séverine, “Scoping study on copyright and related rights and the public domain”, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra, 30 de abril de 2010.
- , y STROWEL, Alain, “La protección legal de los sistemas tecnológicos”, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.
- ECKERSLEY, Peter, “Virtual markets for virtual goods: the mirrow image of digital copyright?”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 18, núm. 1, otoño 2004.
- EDELMAN, Bernard, “Reflexiones sobre el derecho de autor y su evolución en la Comunidad Europea”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXVII, núm. 4, 1993.
- ELKIN-KOREN, Niva, “What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons”, *Fordham law review*, Nueva York, vol. 74, núm. 2, noviembre 2005.
- FAVOREU, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, Universidad Austral de Chile, vol. XII, núm. 1, agosto 2001.

- FEATHER, John, "From rights in copies to copyright: the recognition of authors' rights in English law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries", *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales" (trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006.
- , "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" (trad. Gerardo Pisarello), *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 9, octubre 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la constitución", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año 1, núm. 1, IIJ-UNAM, enero-abril 1968.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, "El intercambio cultural de México con los demás países. Aspectos jurídico-institucionales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XX, núms., 127-129, enero-junio 1983.
- , "El soporte lógico y el derecho de autor internacional", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 16, 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 20, enero-junio 2009.
- GARFIELD, Alan E., "The case for first amendment limits on Copyright Law", *Hofstra law review*, EUA, vol. 35, 2007.
- GARZA BARBOSA, Roberto, "The philosophical approaches to intellectual property and legal transplants. The Mexican Supreme Court and NAFTA article 1705", *Houston journal of international law*, vol. 31, núm. 3, 2009.
- GAUBIAC, Yves, "Las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC", *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, junio 2003.
- GEIGER, Christophe, "Constitutionalizing intellectual property law. The influence of fundamental rights in intellectual property in Europe", *International review of intellectual property and competition law*, vol. 37, núm. 4, 2006.
- , "The role of the three-step test in adaptation of copyright law to the information society", *Copyright bulletin*, París, UNESCO, enero-marzo 2007.
- GELLER, Paul Edward, "Copyright history and future: what's culture got to do with it?", *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 47, 2000.
- GERVAIS, Daniel J., "Towards a new core international copyright norm: the reverse three step test", *Marquette intellectual property law review*, vol. 9, núm. 1, 2005.
- GIL RENDÓN, Raymundo, "Estado constitucional de derecho y los derechos humanos", *Nuestra democracia. Actualidad y opiniones sobre controversias constitucionales*, México, Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad, año 2, núm. 12, marzo 2007.
- GINSBURG, Jane C., "The concept of authorship in comparative copyright law", *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano de 2003.
- , "Toward supranational copyright law? The WTO panel decision and the 'three-step test' for copyright exceptions", papel de trabajo núm. 181 de la Escuela de Derecho de Columbia, para su publicación en la *Revue internationale du droit d'auteur*, enero 2001.

- GIOVANETTI, Tom, y MATTHEWS, Merrill, “Intellectual property rights and human rights”, *Ideas*, Texas, Institute for Policy Information, núm. 34, septiembre 2005.
- GLENDON, Mary Ann, *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001.
- GÓMEZ MADRIGAL, Laura Sofía, y PRADO LÓPEZ, Ángel Fernando, “América Latina: duración del derecho patrimonial de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Competencia económica y propiedad intelectual ¿complementarios o antagónicos?”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 37, 2007.
- GREENE, K.J., “Intellectual property expansion: the good, the bad, and the right of publicity”, *Chapman law review*, EUA, vol. 11, 2008.
- GRIFFITHS, Jonathan, “The ‘three-step test’ in European copyright law – problems and solutions”, Research paper no. 31/2009, Londres, Queen Mary University of London, 2009.
- GRUENBERGER, Michael, “A duty to protect the rights of performers? Constitutional foundations of an intellectual property right”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 24, núm. 2, 2006-2007.
- GRZELAK, Victoria A., “Mickey Mouse and Sonny Bono go to the court: the Copyright Term Extension Act and its effect on current and future rights”, *John Marshall review of intellectual property law*, Chicago, vol. 2, 2002.
- GUERRA ZAMARRO, Manuel, “La obra como objeto de protección del derecho de autor (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 6, octubre- diciembre 2002.
- , “La obra como objeto de protección del derecho de autor (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 7, enero-marzo 2003.
- GUIBAULT, Lucie, “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2003.
- , y HELBERGER, Natali, “Copyright law and consumer protection”, Bruselas, estudio encargado por el European Consumer Law Group, 2005.
- GUNLICKS, Michael B., “A balance of interests: the concordance of copyright law and moral rights in the worldwide economy”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XI, libro 3, 2001.
- HARVEY, Edwin R., “Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”, Ginebra, Comité de derechos, económicos y culturales, 40a. sesión, 28 de abril a 6 de mayo de 2008.
- HATCH, Orrin G., y LEE, Thomas R., “To promote the progress of science: the copyright clause and Congress’s power to extend copyrights”, *Harvard journal of law and technology*, EUA, vol. 16, núm. 1, otoño 2002.
- HELBERGER, Natali, y HUGENHOLTZ, Bernt, “No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law”, *Berkeley technology law journal*, California, vol. 22, núm. 3, 2007.
- HELFER, Laurence R., “Human rights and intellectual property: conflict or coexistence?”, *Minnesota intellectual property review*, Minnesota, núm. 5, 2003.
- , “Toward a human rights framework for intellectual property”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007.

- , “The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights”, *Harvard international law journal*, EUA, vol. 49, núm. 1, invierno 2008.
- HESSE, Carla, “The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance”, *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, EUA, s/n, primavera 2002.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009.
- HOROWITZ, Steven J., “Rethinking lockean copyright and fair use”, *Deakin law review*, vol. 10, núm. 1, 2005.
- HUDSON, Emily, “The Copyright Amendment Act 2006: the scope and likely impact of new library exceptions”, *Australian law librarian*, Australia, vol. 14, núm. 4, 2006.
- HUERTA OCHOA, Carla, “The notion of ‘principle’ in legal reasoning as understood in Mexican law”, *Mexican law review*, nueva serie, IJ-UNAM, vol. II, núm. 1, julio-diciembre 2009.
- HUGENHOLTZ, Bernt, “Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?”, Ponencia presentada en la conferencia IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997.
- , “Copyright and freedom of expression in Europe”, <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/PBH-Engelberg.doc>, enero de 2008.
- , “Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid”, <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/opinion-EIPR.html>, septiembre de 2009.
- HUGHES, Justin, “Fair use across time”, *UCLA law review*, Los Angeles, vol. 50, núm. 3, 2003.
- HUNTER, Dan, “Marxist-lessigism”, http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/feature_hunter_novdec04.msp, octubre de 2009.
- INESI, Andrew, “A theory of *de minimis* and a proposal for its application in copyright”, *Berkeley technology law journal*, vol. 21, núm. 2, 2006.
- JALIFE DAHER, Mauricio, “Tiempo de revisión al derecho de autor”, *El Financiero*, México, 12 de mayo de 2010.
- KÉRÉVER, André, “El derecho de autor como derecho humano”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 3, 1998.
- , “Problems involved in the adaptation of the right to reproduction and the right of communication to the public in the digital multimedia environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXI, núm. 2, abril-junio 1997.
- KINSELLA, N. Stephan, “Against intellectual property”, *Journal of libertarian studies*, Alabama, vol. 15, núm. 2, primavera 2001.
- KUR, Annette, “Of oceans, islands and inland water – how much room for exceptions and limitations under the three-step test?”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-04, Alemania, 2008.
- KWALL, Roberta Rosenthal, “Library reproduction rights for preservation and replacement in the digital era: an author’s perspective on §108”, *Columbia journal of law and the arts*, Nueva York, vol. 29, núm. 3, 2006.

- LAPTER, Alain J., “The WTO’s dispute resolution mechanism: does the United States take it seriously? A TRIPs Analysis”, *Chicago-Kent journal of intellectual property*, Chicago, vol. 4, núm. 2, primavera 2005.
- LARREA LEGORRETA, Manuel, LARREA SOLTERO, Ricardo E., LARREA RICHERAND, Gabriel E., y PASTOR ESCOBAR, Raúl, “Derecho de autor y libertad de expresión – Respuestas del Grupo Mexicano de la ALAI al cuestionario”, Jornadas de estudio de ALAI, Barcelona, junio 2006.
- LEMLEY, Mark A., “The constitutionalization of technology law”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 15, núm. 2, otoño 2000.
- , “Property, intellectual property and free riding”, John M. Olin Program in Law and Economics, papel de trabajo núm. 291, Universidad de Stanford, agosto de 2004.
- LEPAGE, Anne, “Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2003.
- LESSIG, Lawrence, “Copyright’s first amendment”, *UCLA law review*, California, vol. 48, 2000-2001.
- LINDEBAUM, Peter, “Milton’s contract”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992.
- LITMAN, Jessica, “War stories”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 20, núm. 2, 2001-2002.
- , “The public domain”, *Emory law journal*, EUA, núm. 965, otoño 1990, www.law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf, p. 9, enero 2008.
- LÓPEZ PANIAGUA, María Elsa, “Internet: desenredando los derechos de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año 1, núm. 1, vol. 1, abril-junio 2001.
- LUCAS, André, “Intellectual property and global information infrastructure”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 1, enero-marzo 1998.
- LUNA PLA, Issa, “Derecho de la información como disciplina en México”, *Derecho comparado de la información*, México, IIJ-UNAM, núm. 9, enero-junio 2007.
- LUNNEY Jr., Glynn S., “The death of copyright: digital technologies, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act”, *Virginia law review*, EUA, vol. 87, 2001.
- Macqueen, Hector L., “Towards utopia or irreconcilable tensions? Thoughts on intellectual property, human rights and competition law”, *SCRIPT-ed*, Reino Unido, vol 2, núm. 4, diciembre 2005.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, “El canon compensatorio por copia privada y el derecho comunitario”, *Boletín del Instituto de Derecho de Autor*, Madrid, núm. 2, junio 2006.
- , “Obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual y espacios para diseños de políticas nacionales en América Latina”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. LVI, núm. 246, julio-diciembre 2006.
- , “El test de las tres etapas y la comunicación pública”, *Revista de Internet, derecho y política*, Universidad Abierta de Cataluña, núm. 1, 2005.
- , “Derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 18, 2005.
- , “Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa”, Texto de la ponencia en las Jornadas de Derecho de

Autor, OMPI / INDA / Universidad Panamericana-DF, México, 6 y 7 de septiembre de 2005.

- , “*Fair use versus limitaciones*”, Conferencia pronunciada en el XIII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, México, 26 a 30 de noviembre de 2007 (notas tomadas por Eduardo de la Parra Trujillo).
- MATHEWS, Jud, y SWEET, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009.
- MCDONALD, Ian, “Creative commons: just say ‘CC’?”, *Copyright reporter*, Australia, vol. 24, núm. 4, diciembre 2006.
- MILLER, Frank R., “A re-examination of literary piracy”, *University of Newark law review*, Nueva Jersey, núm. 4, vol. V, noviembre 1940.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Perspectivas del constitucionalismo moderno” en Pardo Schlesinger, Cristina, y Parra Dussán, Carlos (coords.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- MONROY RODRÍGUEZ, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009.
- MORALES MONTES, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004.
- , “El derecho de autor en el entorno digital (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004.
- MORTEN HAUGEN, Hans, “General comment no. 17 on ‘authors’ rights””, *The journal of world intellectual property*, Ottawa, vol. 10, núm. 1, 2007.
- MOTA, Sue Ann, “TRIPS: Ten years of disputes at the WTO”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. IX, núm. 3, verano 2005.
- MURRAY, Michael, “Copyright, originality, and the end of the scènes à faire and merger doctrines for visual works”, Illinois, Research paper 06-09, Illinois public law and legal theory research paper series, 2006.
- NAVAS NAVARRO, Susana, “Libertad de expresión, libertad de información y derecho de autor”, *Anuario de propiedad intelectual 2005*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2006.
- NETANEL, Neil Weinstock, “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003.
- , “Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory”, *California law review*, EUA, vol. 88, 2000.
- NEWMAN, Jon O., “New lyrics for an old melody: the idea/expression dichotomy in the computer age”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 19, núm 3, 1999.
- NINO, Carlos S., “Sobre los derechos morales”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 7, Universidad de Alicante, 1990.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, “Los derechos sociales y la recepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el derecho

- constitucional argentino”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, IIJ-UNAM, núm. 11, julio-diciembre 2010.
- NWAUCHE, Enyinna S., “A development oriented intellectual property regime for Africa”, Mozambique, Ponencia presentada en la 11a. asamblea general del Consejo para el Desarrollo de la Investigación de Ciencias Sociales para África, 6 a 10 de diciembre de 2005.
- OCASIO, Sandro, “Pruning paracopyright protections: why courts should apply the merger and scènes à faire doctrines at the copyrightability stage of the copyright infringement analysis”, *Seton Hall circuit review*, EUA, vol. 3, núm. 1, otoño 2006.
- OKEDIJI, Ruth, “The regulation of creativity under the WIPO Internet treaties”, *Fordham law review*, EUA, vol. 77, núm. 5, 2009.
- , “Toward an international fair use doctrine”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 39, núm. 1, 2000.
- OKSANEN, Ville, y VÄLIMÄKI, Mikko, “Copyright levies as an alternative compensation method for recording artists and technological development”, *Review of economic research on copyright issues*, vol. 2, núm. 2, 2005.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, “El resurgimiento europeo del ‘droit de suite’ o derecho de participación en la reventa de obra plástica”, *Anuario de propiedad intelectual 2001*, Madrid, Reus / AISGE, 2002.
- ORTEGA GONZÁLEZ, Salvador, “La parodia en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 19, 2005.
- , “Y los títulos de las obras..., ¿están protegidos?”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005.
- ORTLAND, Eberhard, y SCHMÜCKER, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005.
- OTERO LASTRES, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la constitución española de 1978”, *Revista jurídica española La Ley*, Madrid, núm. 2, 1986.
- OVILLA BUENO, Rocío, “Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, IIJ-UNAM, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto 1998.
- PANIZZON, Marion, “How close will GATS get to human rights”, Berna, NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/14, agosto de 2006.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, IIJ-UNAM, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre 2007.
- , “La protección de los derechos de autor desde Víctor Hugo hasta la sociedad de la información a través del sistema de gestión colectiva”, *Perspectivas docentes*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, núm. 37, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, España, Universidad de Huelva, vol. 2, 2002.
- PÉREZ PEÑA, Oscar Alberto, “El derecho de autor como derecho humano”, <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20derecho%20de%20autor.htm>, diciembre de 2007.
- PIVA DE ANDRADE, Gustavo, “La propiedad intelectual y su relación con el derecho antitrust”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 13, 2007.
- POLLOCK, Rufus, “Forever minus a day? Calculating optimal copyright term”, *Review of economic research on copyright issues*, Nueva Zelanda, vol. 6, núm. 1, 2009.

- PORAT, Iddo, “The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law”, *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006.
- POZZO, Riccardo, “Immanuel Kant on intellectual property”, *Trans/Form/Ação – Revista de filosofia*, Brasil, vol. 29, núm. 2, 2006.
- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” (trad. Josep M. Vilajosana), *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 21, vol. II, Universidad de Alicante, 1998.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Derechos culturales: el hijo pródigo de los derechos humanos”, *Crítica*, España, núm. 952, marzo 2008.
- RANGEL MEDINA, David, “Aspectos relevantes de la nueva ley autoral mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLVIII, núms. 219-220, mayo-agosto 1998.
- , “Relaciones entre la propiedad industrial y el derecho de autor”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLIX, núms. 185-186, septiembre-diciembre 1992.
- RAUSTIALA, Kal, “Density & conflict in international intellectual property law”, California, Research paper 06-31, UCLA, 2006.
- RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, “Neoconstitucionalism and theory of interpretation”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, núm. 3, 2009.
- RICKETSON, Sam, “WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003.
- ROCHA DE SOUZA, Allan, “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Brasil, año IV, núm. 7, diciembre 2005.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, “El sistema interamericano de protección de derechos humanos. Presente y futuro”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, FD-UNAM, t. XLIX, núms. 223-224, enero-abril 1999.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, “El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, IJ-UNAM, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007.
- ROSÉN, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006.
- SAMUELS, Edward, “The idea-expression dichotomy in copyright law”, *Tennessee law review*, EUA, Universidad de Tennessee, núm. 56, 1989.
- SAMUELSON, Pamela, “DRM {and, or, vs.} the law”, *Communications of the Association of Computing Machinery*, EUA, vol. 46, núm. 4, abril 2003.
- , “Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 14, núm. 1, 1999.
- , “A turning point in copyright: Baker v. Selden and its legacy”, *Papers presented in the Center for the Study of Law and Society bag lunch speaker series*, Universidad de California, Berkley, documento 23, 2004.
- , “The constitutional law of intellectual property after Eldred v. Ashcroft”, Universidad de Berkeley, <http://people.ischool.berkeley.edu>, octubre 2007.
- , “Unbundling fair uses”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323834, marzo de 2009.

- _____, “The digital dilemma: a perspective on intellectual property in the information age”, <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/digdilsyn.pdf>, septiembre de 2009.
- _____, “The U.S. digital agenda at the World Intellectual Property Organization”, <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/wipo.pdf>, agosto de 2009.
- SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos, “Internet como república popular de la cultura”, <http://www.porlacultura.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=62>, febrero de 2009.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 21, julio-diciembre 2009.
- _____, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa / IMDPC, núm. 13, enero-junio 2010.
- SÁNCHEZ MOYANO, Alejandra, “La propiedad y el derecho de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002.
- SANDOVAL AVELLA, María Paula, “Agenda para el desarrollo de la OMPI (primera parte)”, *La propiedad inmateral. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 12, 2008.
- SANTOS, José Antonio, “Sobre normas y principios en la doctrina alemana”, *Ars iuris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, Universidad Panamericana, núm. 39, 2008.
- SAPP, Heather A., “North-American anti-circumvention: implementation of the WIPO Internet treaties in the United States, Mexico and Canada”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. X, 2005.
- SCHMIDT, Luis, “Copyright and the global challenge”, *Worldfocus IP review*, Reino Unido, núm. 5, 2006.
- _____, “Multimedia: creación de naturaleza jurídica multifacética”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 24, 2006.
- _____, “Private reproduction rights and exemptions under Mexican copyright law”, *The Asialaw IP review*, julio-agosto 2003.
- _____, “Digital millenium ‘a la mexicaine’”, *Copyright world*, diciembre 2000-enero 2001.
- _____, “Court fails to answer remuneration questions”, *Managing IP*, Reino Unido, 2005.
- _____, “One little word”, *Copyright world*, febrero de 2004.
- _____, “Mexico: Internet copyright”, *Computer und recht international*, Colonia, febrero 2001.
- SCHOVSBO, Jens, “Integrating consumers rights into copyright law: from a European perspective”, *Journal of consumer policy*, Países Bajos, núm. 31, 2008.
- SCHWARTZ, Paul M., y TREANOR, William Michael, “Copyright term extension and intellectual property as constitutional property”, *The Yale law journal*, EUA, vol. 112, núm. 8, junio 2003.
- SENFTLEBEN, Martin, “Fair use in the Netherlands – a renaissance”, *Tijdschrift voor auteurs, media en informatierecht (AMI)*, Países Bajos, vol. 33, núm. 1, 2009.

- SEUBA, Xavier, “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes”, <http://www.descweb.org/files/cap12.pdf>, mayo de 2010.
- SILVA GARCÍA, Fernando, “VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN)”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 18, enero-junio 2008.
- SILVA MEZA, Juan N., “Derechos fundamentales: algunos retos institucionales para el siglo XXI”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 3, núm. 4, enero-junio 2007.
- SIRINELLI, Pierre, “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, estudio presentado en el taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.
- SLEMAN VALDÉS, Ivonne, “La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 2, núm. 2, enero-junio 2006.
- SOBREVILLA, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 4, abril 1996.
- STALLMAN, Richard, “The GNU Manifesto”, <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>, octubre de 2009.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.
- STENGEL, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía” (trad. Paola Spada), *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004.
- STROWEL, Alain, “Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – Is the ‘graduated response’ a good reply?”, *The WIPO journal: analysis and debate of intellectual property issues*, Londres, núm. 1, 2009.
- SUHL, Natalie C., “Moral rights protection in the United States under the Berne Convention: a fictional work?”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XII, libro 4, 2002.
- SULLIVAN, Judith, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 11 a 13 de septiembre de 2006.
- SUN, Haochen, “Overcoming the Achilles Heel of copyright law”, *Northwestern journal of technology and intellectual property*, Northwestern University, vol. 5, núm. 2, primavera 2007.
- SYMONIDES, Janusz, “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Derechos humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, núm. 74, julio-agosto 2005.
- TAWFIK, Myra J., “International copyright law and fair dealing as a user right”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2005.
- TORREMANS, Paul L.C., “Is copyright a human right?”, *Michigan State law review*, EUA, núm. 27, primavera 2007.

- TUSHNET, Rebecca, "Copy this essay: how fair use doctrine harms free speech and how copying serves it", *The Yale law journal*, EUA, vol. 114, núm. 3, 2004.
- URTIAGA ESCOBAR, Reynaldo, "Los sistemas de derechos de autor y *copyright* en la actualidad ¿contraposición o simbiosis?", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, FD-UNAM, t. LII, núm. 238, 2002.
- VARELA, José María, "El derecho de autor a través del tiempo", *Documentautor*, México, vol. III, núm. 2, mayo 1987.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Santiago, "Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual", *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008.
- VESSILLIER-RESSI, Michèle, "El oficio del creador", *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre 1995.
- VILLALBA, Carlos Alberto, "Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor", Ponencia presentada en la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2004.
- VIVANT, Michel, "Droit d'auteur and copyright: what is the relationship?", Ponencia en el Coloquio Internacional de Derecho de Internet, París, 19 y 20 de noviembre de 2001.
- VON LEWINSKI, Silke, "What is wrong with copyright?", http://www.planetagora.org/english/theme2_suj6_note.html, diciembre de 2007.
- , "Intellectual property, nationality, and non-discrimination", Ginebra, Discusión para conmemorar el 50 aniversario de la DUDH, 9 de noviembre de 1998.
- WARNER, R. Matthew, "Reassessing *Turner* and litigating the must-carry law beyond a facial challenge", *Federal communications law journal*, vol. 60, núm. 2, marzo 2008.
- WEATHERALL, Kimberlee, "Of copyright bureaucracies and incoherence: stepping back from Australia's recent copyright reforms", *Melbourne University law review*, Australia, vol. 31, 2007.
- WILDER, Richard, "Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales – La propiedad intelectual y los derechos humanos", Helsinki, Foro sobre creatividad e invenciones – Un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI / Oficina Nacional de Patentes y Registros de Finlandia, octubre 2000.
- WONG, Mary W.S., "Toward an alternative normative framework for copyright: from private property to human rights", *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 26, núm. 3, 2009.
- WOODMANSEE, Martha, "The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author' ", *Eighteenth-century studies*, EUA, vol. 17, núm. 4, verano 1984.
- XALABARDER PLANTADA, Raquel, "Las licencias creative commons: ¿una alternativa al copyright?", *OUC papers. Revista sobre la sociedad del conocimiento*, España, núm. 2, marzo 2006.
- , "Fair use in Spain. The EUCD aftermath", Texto de la ponencia en el Congreso ATRIP de Buenos Aires, 2007.
- YU, Peter K., "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework", *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007.
- ZEMER, Lior, "The making of a new copyright lockean", *Harvard journal of law and public policy*, vol. 29, núm. 3, 2006.

- ZIMMERMAN, Diane Leenheer, "Authorship without ownership: reconsidering incentives in a digital age", *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano 2003.
- , "The more things change the less they seem 'transformed': some reflections on fair use", *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 46, 1998.

C. TESIS UNIVERSITARIAS

- BUGANZA GONZÁLEZ, María del Carmen, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006.
- CEDILLO MOLINA, Sabina, *Internet y los derechos de autor*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2003.
- COLINA HERNÁNDEZ, Verónica, *El derecho moral del autor como derecho fundamental*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2007.
- GONZÁLEZ CAMARENA COSS Y LEÓN, Juan Antonio, *Consideraciones sobre la transmisión de derechos en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, ITAM, 2002.
- KAKUNGULU-MAYAMBALA, Ronald, *The impact of new technologies of protection, exercise and enforcement of copyrights & related rights*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2006.
- MACHADO ARIAS, Juan Pedro, *Las restricciones a la libertad de difusión de información periodística en México*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, FD-UNAM, 2002.
- MARTÍNEZ REYES, Jessica Inglaterra, *El cosplay ante el derecho intelectual*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2005.
- MORA RODRÍGUEZ, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2005.
- NILSSON, Stina, *Copyright exepctions and limitations for the benefit of persons with disabilities – Access to cultural life and information*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2007.
- ROMÁN ESNAURRIZAR, Luis Gerardo, *La transmisión del derecho patrimonial de autor*, tesis para obtener el título de abogado, México, Escuela Libre de Derecho, 2003.
- SÁNCHEZ AMBIA, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2010.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2008.

- , *El control difuso de la constitucionalidad en México*, tesina para obtener el diploma de especialización en derecho constitucional y administrativo, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2003.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- SLEMAN VALDÉS, Ivonne, *El papel del Estado en la eficaz gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos. Comparativa internacional*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2005.
- TAPIA GUZMÁN, Patricia Marisol, *La protección acumulada en el sistema normativo mexicano ¿beneficio o detrimento en los derechos del titular?*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, FD-UNAM, 2007.
- VELÁZQUEZ VÉRTIZ, Sergio, *Protección de las obras autorales en formato digital*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, FD-UNAM, 2005.

D. OTRAS FUENTES

- CARBONELL, Miguel, “Ponencia introductoria a la mesa de derechos fundamentales”, videoconferencia del *Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina*, México, 18 de marzo de 2009, IJJ-UNAM, consultable en la videoteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=33&t=4&m=303&p=143&mx=1>.
- FISHER III, William, “Legal regulation of digital media”, videoconferencia contenida en el DVD *Internet law program*, EUA, Universidad de Harvard, grabada el 6 de febrero de 2004.